K
4130

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

SUR LE DEUXIÈME EXAMEN DE

CODE NAPOLÉON

CONTENANT

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

LEURS MOTIFS

ET LA SOLUTION DES QUESTIONS THÉORIQUES

PAR

M. FRÉDÉRIC MOURLON

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS

HUITIÈME ÉDITION, REVUE ET MISE AU COURANT

PAR. CH. DEMANGEAT

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

BIBLIOTHÈQUE GRENOBLE

FACULTÉ DE DROIT GRENOBLE

TOME DEUXIÈME

PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

17, RUE SOUFFLOT, 17

1869

AVERTISSEMENT

Les répétitions orales sont surtout utiles, parce qu'elles frappent davantage l'esprit, en tenant la pensée plus attentive que la lecture d'un livre. Malheureusement les souvenirs s'effacent vite, et la leçon qui n'est entendue qu'une seule fois se retient mal. J'ai voulu remédier à cet inconvénient : c'est dans ce dessein que j'ai composé, sur le Code Napoléon, des cahiers que je mettais entre les mains de mes élèves. Tous m'ont assuré qu'ils devaient leurs succès à ces *répétitions écrites*.

Plusieurs d'entre eux, aujourd'hui mes amis, m'ont conseillé de publier ces cahiers sous la forme d'un livre ; j'ai cru comme eux, on croit facilement ce qui nous flatte, que cette publication pourrait être utile aux étudiants.

Qu'ils se gardent bien cependant de s'imaginer que ce livre peut suppléer aux leçons de leurs professeurs ! L'ouvrage le plus parfait, le mien d'ailleurs n'aspire pas à ce titre, ne saurait remplacer un cours.

Tout ce que je sais, je le dois à l'école. Je manquerais donc à un devoir de reconnaissance, en même temps qu'à un devoir d'honnête homme, si je ne disais à tout élève qui m'accorde sa confiance : « Allez au cours, prenez des notes, et rédigez-les. C'est la seule manière de bien apprendre ; c'est ainsi que se forment les bons jurisconsultes. »

Pour ceux qui suivront ce conseil, mon livre sera un guide sûr qui les préparera à recevoir les savantes leçons du professeur. Il leur donnera des renseignements élémentaires, indispensables pour comprendre avec intelligence les théories qui leur seront exposées, et, au sortir de l'école, il leur sera encore utile pour étudier de nouveau les arguments qu'ils n'auront pas bien saisis, rédiger leurs notes et combler les lacunes qui s'y rencontreront.

J'ai suivi l'ordre du Code quant aux Titres et quant aux Sections ; mais je me suis écarté de l'ordre des articles lorsqu'il m'a paru défectueux. Quelquefois, en effet, les dispositions d'une même Section sont comme un amas de règles sans liaison, sans rapport entre elles, ce qui rend l'étude des textes aussi laborieuse que difficile : car, pour en bien saisir le sens, il est souvent nécessaire de joindre à plusieurs lectures une grande application et beaucoup de discernement. Ce défaut d'ordre est cause qu'au début de leur carrière, les élèves qui n'ont pas de guide sont souvent découragés ou n'apportent dans leurs travaux qu'une pensée ennuyée ou paresseuse. Quand la mémoire est chargée et le jugement embarrassé de décisions confuses, mal digérées, il est difficile de se former un système net et précis de chaque matière, et de ranger dans son esprit ce qui est si dérangé dans le livre où il faut l'apprendre.

C'eût été tomber dans le même inconvénient que d'expliquer le Code article par article. Cette méthode me semble dangereuse. L'élève lit un article, puis le commentaire qui l'explique ; ce travail fait, il passe à un second article, et ainsi de suite. Qu'arrive-t-il alors? L'élève a étudié et appris des règles isolées ; il sait des décisions, beaucoup de détails inutiles ou superflus qui n'ont pas besoin d'être appris, car ils sont des conséquences nécessaires de la loi. Il n'a point de doctrine, point de science : la science est l'harmonie des règles.

Mon but a été de présenter dans un ordre méthodique les différentes décisions qui composent une même Section, de traiter d'abord des règles qui s'entendent par elles-mêmes, et sont la source des autres, de grouper celles qui ne peuvent être bien comprises qu'en les comparant, m'efforçant de mettre en relief, en les dégageant des détails qui les enveloppent, les principes généraux qui expliquent et résument chaque matière.

Je ne me suis pas attaché à être élégant dans mon style. Avant tout, j'ai voulu être clair, logique, rendre chaque principe saisissable, l'étude du droit assez facile pour que les intelligences les plus rebelles puissent l'aborder sans découragement, avec plaisir.

Les élèves s'attachent, en général, à connaître les différentes dispositions de la loi ; ils n'en recherchent pas l'esprit. C'est un tort. Beaucoup d'entre eux sont refusés parce qu'après avoir dit qu'une chose existe, ils ne savent pas expliquer *pourquoi* elle existe. J'ai dû, en conséquence, indiquer partout les motifs de la loi.

Souvent aussi les élèves sont appelés à signaler les différences existant entre les règles qui semblent identiques et qui pourtant se séparent sur des points essentiels. C'est ainsi, par exemple, qu'on demande fréquemment les différences qui distinguent les héritiers légitimes des successeurs irréguliers, l'indignité de l'incapacité, l'incapacité de l'indisponibilité, le rapport de la réduction, la subrogation de la cession, les résolutions qui ont lieu de plein droit de celles qui doivent être prononcées en justice, le titre

authentique de l'acte sous seing privé... Les élèves, s'ils n'ont pas fait de fortes études, ne savent pas faire ces rapprochements ; je les ai partout signalés.

Dans le corps de l'ouvrage se trouvent exposés les principes généraux, les motifs sur lesquels ils sont fondés, les questions qu'ils font naître, les différentes manières de les résoudre, les arguments à l'appui de chaque système, et enfin les espèces qui les éclairent et les rendent plus facilement intelligibles.

En marge sont les interrogations qui peuvent être faites aux examens, et dont la solution se trouve en regard dans le corps de l'ouvrage.

L'ouvrage est divisé en trente-neuf répétitions. Chacune d'elles détermine l'étendue de travail qu'un élève peut se proposer pour chaque jour.

Il faut bien se garder de lire isolément les interrogations et de chercher ensuite la solution qui est en regard. Avant tout il faut lire attentivement, *deux fois plutôt qu'une*, la série d'articles dont l'explication fait l'objet d'une répétition. Ce travail fait, *je le considère comme indispensable pour bien apprendre et pour subir un bon examen*, l'élève doit étudier les explications dont se compose une répétition. Il passe ensuite aux interrogations qui sont en marge, afin de s'assurer s'il a bien compris et s'il serait en état de répondre aux questions qui pourront lui être faites sur la matière étudiée.

Ces interrogations ont un autre avantage : il n'est pas d'élève qui, sur le point de passer un examen, ne sente le besoin de résumer ses études, de s'interroger ; rien ne lui sera plus facile. Qu'il lise chaque question. Y répond-il, qu'il passe à une autre. Est-il embarrassé, la solution est en regard. En un ou deux jours, il peut revoir son examen.

Enfin il peut s'adjoindre un condisciple, se faire interroger par lui et l'interroger à son tour ; exercice éminemment utile, dont les élèves comprendront, je l'espère, tout le secours qu'ils en peuvent tirer.

Si quelques points n'ont pas été bien compris, s'ils ne sont pas convaincus sur quelques autres, s'ils ont aperçu des lacunes, qu'ils notent les difficultés sur lesquelles ils ont besoin d'éclaircissements et se les fassent donner par un répétiteur. Tandis que quatre ou cinq mois de répétitions suffisaient à peine pour apprendre un examen travaillé selon l'ancienne coutume, un temps moins long suffira aux étudiants qui, confiants dans mon avis, suivront ma méthode.

Je n'ai pas fait de résumés sur chaque matière, préférant les laisser rédiger par les élèves eux-mêmes. Cette rédaction sera facile : chaque Section est ordinairement divisée en plusieurs numéros ou paragraphes, qui sont autant d'idées principales ; une réponse au bas de chacun d'eux fournira le résumé le plus clair et le plus concis de la matière.

La connaissance des principes et la pratique des affaires ont été souvent l'objet d'appréciations très-absolues. Soutenues et combattues toutes les deux par des apologistes et par des détracteurs exclusifs, ceux-ci ont glorifié avec amour les bienfaits de l'une, ceux-là ont exalté avec excès les mérites de l'autre; si bien qu'au lieu de rester unies par le lien de la plus étroite parenté, il semble qu'elles soient, par nature et par essence, condamnées à vivre dans un perpétuel antagonisme.

Cela est fâcheux ! séparées, la science devient un jeu stérile de l'esprit et la pratique un métier. Elles ne peuvent exister utilement l'une et l'autre qu'autant qu'elles se prêtent un mutuel concours.

Afin d'aider à cette alliance, j'ai joint à mes explications un FORMULAIRE de tous les actes auxquels peut donner lieu l'application des règles contenues au Code Napoléon.

L'étude des formules n'aura, quant aux examens à subir, qu'une utilité très-éloignée ; mais, au point de vue de la direction des affaires, elle est essentielle.

F. MOURLON.

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

1re *Répétition.*

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1. — *Aliéner*, c'est *rem suam alienam facere;* c'est transférer sa propriété, son droit, à une autre personne qui l'*acquiert*.

Qu'est-ce qu'*aliéner*?

L'*aliénation* a donc pour corrélatif nécessaire l'*acquisition*. Mais la réciproque n'est pas toujours vraie : je puis, en effet, acquérir par *occupation* une chose qui n'appartient à personne, que personne n'aliène (voy., sous le n° 9, VI, la théorie de l'occupation).

L'*acquisition* suppose-t-elle toujours une *aliénation*?

On peut cesser d'être propriétaire sans *aliéner*. Ainsi, lorsque j'abandonne, avec l'intention de ne plus la reprendre, la chose qui m'appartient, je cesse d'en être propriétaire, mais je ne la transmets à personne. Elle devient alors *res nullius*, et celui qui s'en empare en est propriétaire par droit d'occupation.

Peut-on cesser d'être propriétaire sans aliéner?

Les mots *vendre* et *acheter* ne sont point synonymes des mots *aliéner* et *acquérir*. Il y a la même différence entre l'*aliénation* et la *vente* qu'entre le genre et l'espèce : car on aliène non-seulement par *vente*, mais encore par *donation*, par *échange*... Bien plus, il se peut qu'il y ait *vente* et qu'il n'y ait pas *aliénation*. Ainsi *je n'aliène point* lorsque je vous vends une chose qui n'est point individuellement déterminée, par exemple, un cheval *in genere* : la vente alors n'est point, par elle-même, *translative de propriété;* elle vous rend seulement *créancier* d'un cheval que je suis tenu de vous livrer, et vous n'en deviendrez *propriétaire* que par la tradition que je vous en ferai (voy. les nos 8, 1123 et suiv.).

Les mots *vendre* et *acheter* sont-ils synonymes des mots *aliéner* et *acquérir*? Celui qui *vend aliène-t-il* toujours?

2. — Les modes d'acquérir sont :

I. *Originaires* ou *dérivés*. — J'acquiers par un mode *originaire*, lorsque je deviens propriétaire d'une chose qui n'appartient à personne; par un mode *dérivé*, quand la chose que j'acquiers m'est transmise par une autre personne qui cesse d'en être propriétaire. L'*occupation* est un mode *originaire* : car elle fait entrer dans mon patrimoine une chose qui n'appartient à personne, par exemple, l'animal que je prends à la chasse. La *convention* est un mode *dérivé* : car elle fait sortir du patrimoine d'une autre personne la chose qu'elle met dans le mien.

Comment divise-t-on les manières d'acquérir?

Mode originaire mode dérivé?

Quand devient-on propriétaire à titre onéreux? quand à titre gratuit?

3. — II. *A titre onéreux* ou *à titre gratuit*. — J'acquiers *à titre onéreux*, lorsque je fournis une valeur en échange de la chose qui m'est transmise; *à titre gratuit*, lorsque j'acquiers une chose sans rien fournir en échange. Ainsi, la *vente* est un mode d'acquérir à titre onéreux : car chaque partie fournit et reçoit quelque chose; et la *donation* est un mode d'acquérir à titre gratuit : car l'une des parties reçoit sans rien fournir, tandis que l'autre fournit sans rien recevoir.

De nombreuses différences existent entre ces deux modes d'acquisition :

Quelles différences y a-t-il entre les acquisitions à titre onéreux et les acquisitions à titre gratuit?

1° La vente, l'échange, se forment par le consentement des parties : la preuve peut donc en être faite par acte authentique ou par acte sous seing privé, par l'aveu, par le serment, et même par témoins, dans les cas où la loi ne défend pas cette preuve (art. 1582, 1583, 1703). — La *donation*, au contraire, est un contrat *solennel* : elle n'est valable qu'autant que certaines formes ont été observées; la preuve n'en peut être faite que par un acte authentique reçu par un notaire (art. 931).

2° Dans un contrat *à titre onéreux*, les conditions contraires aux lois et aux bonnes mœurs sont nulles et rendent nulle la convention qui en dépend (art. 1172). — Les mêmes conditions sont, dans les *donations*, réputées non écrites : la condition est nulle, mais la donation reste valable (art. 900).

3° Un contrat à titre onéreux, quoique fait sous une condition résolutoire potestative de la part de l'une des parties, est valable si la condition qui l'affecte n'est pas *purement potestative*, c'est-à-dire si elle dépend à la fois du hasard et de la volonté de l'un des contractants. — La même condition, quand elle est potestative de la part du donateur, empêche la *donation* de valoir (art. 944).

4° On a, en général, plus de capacité pour disposer et acquérir *à titre onéreux* que pour disposer et acquérir *à titre gratuit*. Ainsi, sont nulles les donations faites par une personne à son enfant adultérin ou incestueux (art. 908 combiné avec l'art. 762), par un malade à son médecin, si le donateur meurt de la maladie pendant laquelle il a fait la donation et reçu les soins du donataire (art. 909). La vente, au contraire, est valable entre ces mêmes personnes.

Dans certains cas cependant, c'est la règle inverse qui est admise. Ainsi, un mari peut faire une donation à sa femme et réciproquement (art. 1096). Au contraire, les ventes sont prohibées entre époux (art. 1595).

Qu'est-ce qu'acquérir à titre universel?

A titre particulier?

4. — III. *A titre universel* ou *à titre particulier*. — J'acquiers une universalité, lorsqu'une personne me transmet, non pas tel objet plutôt que tel autre, mais l'*universalité* de ses biens ou une quote-part de cette universalité; j'acquiers à titre particulier, quand une personne me transmet un ou plusieurs biens déterminés.

Les successions *ab intestat* sont, *en général*, des manières d'acquérir à titre universel. Il existe cependant certaines successions, dites *anomales* ou exceptionnelles, qui sont des manières d'acquérir

à titre particulier (art. 351, 747 et 766). Les successions *testamentaires* appartiennent à l'une et à l'autre classe : elles peuvent être, en effet, universelles, à titre universel ou à titre particulier (art. 1003, 1010 et 1014).

Quel intérêt y a-t-il à distinguer ces deux manières d'acquérir?

Les successeurs universels sont tenus des dettes de leur auteur (art. 724, 1009, 1012) ; les successeurs particuliers n'en sont point tenus (art. 1024). — Toutefois cette règle souffre exception dans les hypothèses prévues par les art. 351, 747 et 766.

Art. 711 et 712.

5. — Les art. 711 et 712 énumèrent cinq modes d'acquérir, qui sont : 1° les successions ; 2° les donations entre-vifs ou testamentaires ; 3° l'effet des obligations ; 4° l'accession ou l'incorporation ; 5° la prescription. Il faut, pour compléter cette énumération, ajouter quatre autres modes qui ne sont pas mentionnés ici, savoir : 6° l'occupation ; 7° la tradition ; 8° la perception des fruits par un possesseur de bonne foi ; 9° l'effet de la loi.

Quelles sont les différentes manières d'acquérir la propriété?

6. — I. *Succession.* — C'est un moyen d'acquérir *dérivé* et, le plus souvent, *à titre universel* : tous les biens et toutes les dettes laissés par le défunt sont, dès que la succession est ouverte, transmis de plein droit à son héritier.

La donation est-elle une manière particulière d'acquérir la propriété?

7. — II. *Donation.* — Le donataire par acte entre-vifs devient propriétaire *par l'effet de la convention*, quand la donation a pour objet une chose individuellement déterminée ; *par l'effet de la tradition*, lorsqu'elle a pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce (voy. les nos 8 et 17). Dès lors, on peut dire qu'à proprement parler elle ne constitue point une manière *particulière* d'acquérir la propriété.

Cette formule : la propriété s'acquiert par l'*effet des obligations*, est-elle exacte? Par quelle autre formule faut-il la remplacer? Le donataire, l'acheteur, l'échangiste, deviennent-ils propriétaires par l'effet de la *convention* ou par l'effet de la *tradition*?

8. — III. L'*effet des obligations*. — Cette formule n'est pas exacte et a besoin d'être expliquée.

En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, le contrat produit seulement des obligations, sans déplacer la propriété dont la mutation s'opère *ex postfacto*, par suite de certains faits postérieurs au contrat, ordinairement par la tradition de la chose due : le contrat fait naître l'obligation de transférer la propriété, et l'obligation amène la tradition, laquelle réalise le but que se sont proposé les parties, c'est-à-dire le transport de la propriété. Ainsi, le donataire, l'acheteur ou l'échangiste, devient *créancier* de la chose, par l'effet du contrat, et *propriétaire* de cette chose, par l'effet *de la tradition* qui lui en est faite.

Au contraire, sous l'empire du Code, la translation de la propriété est, de même que la création des obligations, un effet direct et immédiat de la convention. Lors donc que je vous promets la propriété d'une chose qui est à moi, cette chose passe, à l'instant même et *rectâ viâ*, de mon domaine dans le vôtre. Ainsi, l'acheteur devient tout à la fois, et dans le même temps, *créancier* et *propriétaire* de la chose vendue. Il peut, en vertu de *sa créance*, exiger la tradition que le vendeur est tenu de lui faire ; mais ce n'est pas cette tradition qui opérera la mutation de propriété : elle n'aura d'autre effet que de mettre l'acheteur à même de se servir de la

chose, de l'employer à l'usage auquel il la destinait. La translation de propriété a eu lieu avant la tradition, et indépendamment de la tradition, par la seule force *de la convention* (1).

Toutefois, la propriété ne pouvant exister que sur un objet individuellement déterminé, la convention n'est pas immédiatement translative de propriété lorsqu'elle a pour objet une chose déterminée seulement quant à l'espèce, par exemple un cheval *in genere*, tant d'hectares de terre à prendre dans tel département. Dans cette hypothèse, on rentre dans l'ancienne théorie. La convention n'est alors qu'un mode d'acquérir *une créance ;* ce n'est pas elle qui opère le transport de la propriété : cette mutation aura lieu quand l'obligation, née de la convention, sera exécutée, c'est-à-dire quand la tradition sera faite. La propriété s'acquiert donc, dans ce cas, par l'effet *de la tradition*.

Quels sont les effets de l'*obligation*?

— En résumé, la propriété est transférée par l'effet *de la convention*, lorsque le contrat a pour objet une chose individuellement déterminée ; par l'effet *de la tradition*, lorsque l'objet de la convention est déterminé seulement quant à son espèce. La propriété n'est jamais transférée par l'*effet des obligations*. — L'effet naturel de l'obligation consiste dans la faculté d'employer les moyens de coercition que la puissance publique prête au créancier contre le débiteur récalcitrant : ainsi, la condamnation à des dommages-intérêts, l'emprisonnement du débiteur dans certains cas, la saisie de ses biens, sont des effets de l'obligation. C'est donc abusivement que le Code attribue la translation de la propriété à l'effet de l'obligation ; il faut dire, en corrigeant sa formule : la propriété est acquise par l'effet *des conventions* (voy. les nos 1123 et suiv.).

9. — IV. L'*accession* ou l'*incorporation*. — Cette matière a été expliquée sous les art. 551 à 557 (voy., au t. Ier, les nos 1455 et suiv.).

V. La *prescription*. — J'en exposerai la théorie sous l'art. 2219 (voy., au t. III, les nos 1750 et suiv.).

Art. 713,

Qu'est-ce que l'occupation?

Quelles choses peuvent être acquises par occupation? — A quelles choses s'applique la règle que les biens vacants et sans maître appartiennent à l'Etat?

VI. L'*occupation*. — C'est un mode originaire d'acquérir la propriété d'une chose *nullius*. Il consiste dans la prise de possession de cette chose.

A ne consulter que les termes des art. 539 et 713, l'occupation ne serait pas une manière d'acquérir. Les biens *qui n'ont pas de maître* y sont, en effet, présentés comme appartenant à l'État. Mais évidemment cette règle est trop absolue. C'est ce qu'a exprimé M. Siméon, dans son rapport au Conseil d'État : « La règle que les biens qui n'ont point de maître appartiennent à l'État n'est applicable, a-t-il dit, qu'aux *immeubles*. » On peut ajouter qu'elle régit également les meubles laissés par un défunt qui n'a aucun héritier (art. 539, arg.). La règle établie ne va pas plus loin.

Donc, et sauf l'exception que je viens d'indiquer, les choses mo-

(1) Nous verrons, sous le no 1128, quelles sont les conséquences pratiques de cette innovation.

bilières qui n'ont point de maître, telles que les animaux sauvages, les objets abandonnés, les plantes ou herbages qui naissent dans la mer, enfin le trésor, dont je parlerai tout à l'heure, n'appartiennent pas à l'État : donc ces choses peuvent être acquises par occupation. Les art. 715, 716 et 717 le disent formellement.

10. — Les lois de police règlent la manière de jouir des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (art. 714).

Art. 715.

A qui appartient le droit de chasse ? En quoi consiste-t-il ?

11. — *Des droits de chasse et de pêche.* — Personne n'ayant le droit de passer sur le champ d'autrui sans le consentement du propriétaire, il semble que le droit de chasse n'appartient qu'à ceux qui sont propriétaires d'immeubles. On peut dire cependant que ce droit appartient à toute personne, même non propriétaire : il consiste, en effet, dans la faculté d'acquérir par occupation les animaux sauvages, et cette faculté appartient très-certainement à toute personne sans distinction. La prohibition de passer sur le terrain d'autrui n'est donc pas destructive du droit de chasse. Quand une personne m'autorise à chasser sur ses terres, elle ne me donne point le droit de chasse, qui appartient à tous, mais elle renonce à me considérer comme violant sa propriété. Si j'exerce le droit de chasse sur le terrain d'autrui, sans le consentement du propriétaire, je porte atteinte à son droit de propriété, ce qui me rend passible d'une amende et fait naître contre moi l'obligation de réparer le dommage que je cause ; mais l'animal dont je m'empare est à moi, il m'appartient dès que je le possède : car cette prise de possession est précisément l'*occupation* d'une chose qui n'appartient à personne.

Mêmes questions quant au droit de pêche ?

— Ce que j'ai dit du droit de chasse s'applique également au droit de pêche. Notez cependant que, dans certains cas, la loi du 15 avril 1829 autorise la saisie ou confiscation du poisson pris par un tiers dans une rivière sur laquelle il n'a aucun droit.

A quelles conditions est soumis l'exercice de ces droits ?

— Un propriétaire peut chasser en tout temps, et sans permis de chasse, sur son terrain quand il est enclos et attenant à une habitation. Il ne peut chasser sur ses terres non encloses que pendant un certain temps, dont le commencement et la fin sont déterminés, chaque année, par un arrêté du préfet de chaque département. Du reste, en règle générale, on ne peut chasser qu'à la condition de se munir d'un permis de chasse délivré par l'administration (loi du 3 mai 1844).

Qui peut pêcher dans la mer ? dans les fleuves et rivières flottables et navigables ? dans les rivières qui ne sont ni flottables ni navigables ?

— Toute personne a le droit de pêcher dans la mer. La pêche dans les fleuves et rivières flottables ou navigables est réglée par la loi du 15 avril 1829, qui l'attribue à l'Etat. Toutefois, la pêche à la ligne flottante est libre partout. Quant aux rivières qui ne sont ni navigables ni flottables, le droit de pêche appartient aux propriétaires riverains. Dans tous les cas, les fermiers de l'Etat, ou les propriétaires riverains, doivent, quant à l'exercice de leur droit, se conformer aux règlements de l'autorité, qui seule détermine le temps de la pêche et les instruments qu'il est permis d'employer.

Art. 716.

12. — *Du trésor.* — L'art. 716 le définit : « Une chose cachée ou « enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et « qui est découverte par le pur effet du hasard. »

Qu'est-ce qu'un trésor ?

La chose trouvée sur la surface de la terre est-elle un trésor ?

« *Cachée ou enfouie...* » Il s'agit donc d'une chose qui n'a pas été trouvée sur la *surface* de la terre. Toutefois, il n'est pas nécessaire que ce soit une chose trouvée *enfouie* dans le sol ; il suffit qu'elle soit trouvée *cachée* dans une autre chose, par exemple, dans un mur, dans un arbre, ou même dans un meuble, pourvu qu'elle ait une individualité propre. — L'art. 717 s'occupe des choses qui sont trouvées *sur* le sol ; elles appartiennent *pour le tout* au premier occupant (voy. les nos 15 et 16).

« *Sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété...* » Si donc une personne vient à établir, soit par titre, soit par témoins ou même par de simples présomptions (art. 1348 et 1353), que la chose qui a été découverte avait été cachée par elle ou par une autre personne à laquelle elle a succédé, cette chose doit lui être rendue.

La chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, est-elle un trésor, lors même qu'elle n'a pas été trouvée par le pur effet du hasard ?

« *Découverte par le pur effet du hasard...* » Cette condition est de trop. La chose qui a été trouvée cachée ou enfouie et sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, est *toujours* un trésor. Ainsi, lorsqu'un propriétaire fait fouiller son jardin, dans l'intention d'y découvrir une cassette pleine d'argent qu'il présume y être enfouie, cette cassette, s'il la découvre, est un trésor, et c'est en cette qualité qu'elle lui appartient. — Ce n'est qu'au point de vue de l'*attribution* du trésor qu'il importe de distinguer s'il a été ou non découvert par le pur effet du hasard.

A qui appartient le trésor ?

— *Attribution du trésor.* — La loi distingue :

S'il a été découvert par le propriétaire de la chose dans laquelle il a été caché ou enfoui, il appartient toujours à l'inventeur.

S'il a été découvert par un tiers dans la chose d'autrui, une sous-distinction est nécessaire :

Pourquoi le trésor qui a été découvert dans la chose d'autrui autrement que par le pur effet du hasard n'appartient-il pour aucune portion à l'inventeur ? A qui appartient-il alors ?

Est-il découvert autrement que par le pur effet du hasard, l'inventeur n'y a aucun droit. En effet, de ces deux choses l'une : ou l'inventeur a cherché et trouvé le trésor, *à l'insu du propriétaire*, en se cachant de lui, et alors il a violé la propriété d'autrui, il a commis un délit, et un délit ne peut pas être une juste cause d'acquisition ; ou il l'a cherché *par ordre du propriétaire* qui l'employait à cet effet, et alors ce n'est pas lui qui est l'inventeur : il a occupé, non pour lui, mais pour le maître qui l'a employé et dont il n'a été que l'instrument. Ainsi, dans l'une et dans l'autre hypothèse, le trésor n'appartient, pour aucune portion, à celui qui l'a trouvé. Faut-il alors l'attribuer au propriétaire de la chose dans laquelle il était caché ou enfoui ? L'affirmative n'est pas douteuse, si c'est par son ordre qu'il a été cherché : car alors c'est lui qui en est le véritable inventeur : il l'acquiert par occupation. Mais la question est plus difficile si l'on se place dans l'hypothèse où le trésor a été découvert par un tiers qui l'a cherché à l'insu du propriétaire ; on la résout pourtant dans le même sens. Telle était,

dit-on, la disposition de la loi romaine, et rien ne montre que le Code s'en soit écarté.

Pourquoi appartient-il pour moitié au propriétaire de la chose dans laquelle il était, lorsqu'il a été découvert par le pur effet du hasard ?

Est-il découvert par le pur effet du hasard : il appartient, moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire de la chose dans laquelle il a été découvert. — On ne voit pas sur quels principes repose cette attribution par moitié. A ne consulter que le droit commun, le trésor devrait appartenir en entier à celui qui le trouve. Le trésor, en effet, n'est ni un fruit, ni un produit, ni même une portion de la chose dans laquelle il est découvert ; c'est une chose *nullius*. La loi elle-même l'entend bien ainsi, lorsqu'elle le définit : « Une chose sur laquelle *personne ne peut justifier sa propriété*. » Or, les choses qui n'ont pas de maître connu sont attribuées à celui qui en prend possession, qui les occupe, à l'inventeur !

Deux motifs ont fait rejeter cette déduction rigoureuse des principes. La valeur qui a été découverte appartenait peut-être au propriétaire de la chose dans laquelle elle a été trouvée, ou au moins à ses ancêtres ; ce n'est qu'une probabilité sans doute, mais cette simple présomption doit être prise en considération. Il serait trop dur d'ailleurs que le propriétaire, qui, d'un moment à l'autre, aurait pu découvrir le trésor et en jouir seul, fût privé, par l'effet du hasard, de ce bénéfice éventuel.

— L'*inventeur* du trésor est celui qui l'a rendu *visible* en le mettant à découvert ; qu'il l'ait appréhendé ou non, vu ou non le premier, il n'importe. Ainsi, il ne suffit pas, pour y avoir droit, de l'avoir aperçu ou de l'avoir saisi le premier, si c'est un autre qui l'a rendu visible.

Faut-il considérer le trésor comme un *fruit* ? comme une portion de la chose dans laquelle il a été découvert ?

13. — Le trésor, ainsi que je l'ai dit, n'est pas un *fruit* : l'usufruitier de la chose dans laquelle il a été trouvé par un tiers n'y a, par conséquent, aucun droit (voy., au t. Ier, le n° 1514, 3°).

Ce n'est pas non plus un produit, ni, à bien plus forte raison, une portion du sol dans lequel il a été trouvé : car, bien certainement, on ne dira point qu'une cassette pleine d'argent découverte dans un tronc d'arbre est une fraction de l'arbre. C'est tout simplement une chose *nullius* dont la propriété est attribuée par la loi à certaines personnes, un don de fortune pour celle qui l'acquiert.

Art. 717.

Quelles choses sont comprises sous le nom d'*épaves* ?

14. — *Des épaves.* — La loi comprend sous ce nom : 1° certaines choses *nullius*, les plantes et herbages qui croissent dans la mer ou sur ses rivages ; 2° les choses qui appartiennent à quelqu'un, mais dont le maître est inconnu, telles que les objets qui ont été perdus en mer et qui sont trouvés par un tiers au fond des eaux, sur les flots ou sur le rivage. L'acquisition de ces choses est régie par des lois particulières (voy. les Ordonn. de 1669 et de 1681).

Est-il vrai, ainsi que le Code l'a dit, qu'il existe des lois particulières qui régissent l'acquisition des choses perdues partout ailleurs qu'en mer et qui sont trouvées par

15. — Le Code, après avoir rangé dans la classe des épaves les choses perdues partout ailleurs qu'en mer et qui sont trouvées par un tiers, ajoute que l'acquisition de ces choses est *également régie par des lois particulières*. Mais évidemment il commet une

un tiers? Que faut-il décider à l'égard de ces choses?

N'existe-t-il pas sur ce point une circulaire ministérielle? Faut-il la suivre?

erreur : il n'existe, quant à ces choses, aucune loi qui ait réglementé la manière de les acquérir. A qui donc seront-elles attribuées? à l'Etat, ou à l'inventeur? Il semble bien que ce devrait être à l'Etat : n'est-ce pas à lui, en effet, qu'appartiennent *les choses qui sont sans maître?* L'art. 713 le dit formellement! Il est vrai que cette règle est restreinte par les art. 715, 716 et 717, qui attribuent à d'autres qu'à l'Etat la propriété de certaines choses *nullius*, ou dont le maître n'est pas connu; mais quant aux choses perdues sur une place, sur un chemin public, etc., aucun texte n'en attribue la propriété à celui qui les trouve.

16. — Il existe sur ce point une circulaire du ministre des finances (5 août 1825). Elle veut que l'inventeur dépose, entre les mains de l'autorité ou de la justice, l'objet qu'il a trouvé. Si, pendant trois ans, aucune réclamation n'est faite par le propriétaire, l'objet déposé doit être rendu à l'inventeur, qui en devient propriétaire sous l'obligation d'acquitter les frais de garde.

Deux considérations ont inspiré cette décision du ministre :

La première est tirée de la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre.* Mais on n'a pas pris garde : 1° que cette règle ne s'applique pas aux choses *perdues* (art. 2279); 2° qu'elle n'a été faite que pour protéger les possesseurs de bonne foi, et qu'ainsi elle ne peut pas être invoquée par l'inventeur, puisqu'il possède sciemment la chose d'autrui; 3° que, si elle était applicable à l'inventeur, la chose lui serait alors acquise, non pas après trois ans sans réclamation de la part du propriétaire, mais *immédiatement*.

La deuxième considération est purement morale. Beaucoup de personnes ne se font pas grand scrupule de tromper le fisc. Si donc l'inventeur ne conservait pas l'espoir d'avoir pour lui l'objet déposé entre les mains de la justice ou de l'autorité, peu d'inventeurs feraient ce dépôt, ne se souciant pas d'attribuer à l'Etat une chose sur laquelle ils avaient déjà assis des espérances. Ils n'hésiteront pas à le faire, au contraire, lorsqu'ils seront assurés que l'objet remis entre les mains de l'autorité leur sera rendu si le propriétaire ne le réclame pas; or, comme le dépôt a une certaine publicité, le véritable propriétaire parviendra plus facilement à retrouver sa chose. — Cette considération est bonne en législation; mais elle ne suffit pas pour fonder le droit, ni à plus forte raison pour modifier le droit établi.

La circulaire est d'ailleurs contradictoire. En effet, de deux choses l'une : ou la chose trouvée doit rester à l'Etat, si le propriétaire ne se fait pas connaître, et alors la chose déposée ne doit pas être rendue à l'inventeur; ou elle doit rester à ce dernier, et alors il n'est pas tenu d'en faire le dépôt, car cette obligation n'est écrite dans aucune loi.

Voici, si je ne me trompe, le système qui doit être suivi :

L'inventeur d'une chose perdue acquiert sur elle un droit de possession; ce droit de possession ne peut lui être enlevé que par le

propriétaire. Or, quel est ici le propriétaire? Ce n'est pas l'Etat, puisque la loi ne lui attribue que la propriété des choses qui n'appartiennent à personne, et, dans l'espèce, la chose appartient à quelqu'un, car celui qui l'a perdue n'a pas cessé d'en être le propriétaire. Ainsi, l'Etat est hors de cause. L'inventeur conservera donc la possession de la chose qu'il a trouvée; et il en deviendra propriétaire par la prescription, si elle n'est pas revendiquée dans les trente années à compter du jour où elle a été découverte.

Qu'est-ce que la *tradition*? Quand est-elle translative de la propriété?

17. — VII. *Tradition.* — C'est l'acte par lequel une personne met une chose en la puissance et à la disposition d'une autre personne; en un mot, c'est la transmission de la possession. Elle transfère la propriété, quand elle sert à exécuter la convention de transférer la propriété d'une chose qui n'était pas individuellement déterminée (voy. le n° 8).

VIII. *Acquisition par la perception des fruits* (voy. les art. 549 et 550).

IX. *Acquisition par l'effet de la loi.* — C'est la loi qui attribue aux pères et mères l'usufruit des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés (art. 384).

TITRE PREMIER.

DES SUCCESSIONS.

Quels sont les différents sens du mot *succession*?

18. — I. *Généralités.* — Le mot *succession* a deux sens. Il désigne : 1° la transmission des droits actifs et passifs d'une personne décédée à une autre personne qu'on appelle *héritier;* 2° l'ensemble des biens actifs ou passifs qui passent du défunt à son héritier : il est alors synonyme du mot *hérédité.*

Combien distingue-t-on de successions?

Les successions sont *légitimes* ou *testamentaires : légitimes*, lorsque la loi fait le testament d'une personne décédée sans avoir désigné ses héritiers ; *testamentaires,* lorsque, avant de mourir, la personne décédée a pris soin de désigner elle-même ceux auxquels elle entend transmettre ses biens.

Les héritiers sont donc *légitimes*, c'est-à-dire désignés par la loi; ou *testamentaires*, c'est-à-dire désignés par le *de cujus* (1).

Comment divise-t-on les successeurs légitimes.

Les successeurs légitimes sont ou *légitimes proprement dits* ou *irréguliers : légitimes proprement dits*, lorsqu'ils sont unis au *de cujus* par un lien de parenté légitime ; *irréguliers*, quand il n'existe entre eux et le *de cujus* qu'un lien de parenté naturelle, ou lorsqu'il n'en existe aucun : ainsi, les parents naturels, le conjoint et l'État sont des successeurs irréguliers (art. 723).

Quel est le sens de ces mots : *héritiers légitimes*? Les succes-

Le sens de ces mots : *héritiers légitimes*, est amphibologique. Par opposition aux héritiers *testamentaires*, les héritiers *légitimes*

(1) La personne dont la succession est ouverte s'appelle *de cujus*, celui de succession duquel il s'agit. On retranche, par abréviation, les mots : *successione agitur.*

seurs *irréguliers* ne sont-ils pas, à un certain point de vue, héritiers légitimes ?

sont tous ceux que la loi désigne. Par opposition aux successeurs *irréguliers*, les héritiers *légitimes* sont ceux que la loi désigne parmi les parents *légitimes* du *de cujus*.

Qu'est-ce qu'un *héritier* selon la loi ?

— Je me suis servi du mot *héritier* dans un sens général ; je dois dire cependant que, selon la loi, les parents *légitimes* appelés *ab intestat* sont seuls des *héritiers* (art. 756). L'*héritier*, dans la pensée de la loi, est celui qui *représente le défunt, qui continue sa personne ;* à ce point de vue, ceux qui ne succèdent qu'aux biens, qui ne continuent pas la personne du défunt, ne sont pas des *héritiers*. Mais cette variété dans les termes est dangereuse : car le mot *héritier* est souvent employé *latissimo sensu* dans les dispositions mêmes de la loi (art. 317, 729, 778, 780, 841, etc.).

CHAPITRE PREMIER. — DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

§ 1. *De l'ouverture des successions.*

Art. 718 et 719.

19. — Pour succéder à une personne, il faut, avant tout, exister au moment de l'ouverture de la succession. Ceux qui, à cette époque, sont déjà morts, ou qui ne sont pas encore conçus, ne succèdent point.

Quel intérêt y a-t-il à déterminer le moment précis de l'ouverture de la succession ?

Il importe donc de préciser avec soin le moment où s'ouvre la succession : en l'avançant ou en le reculant d'une heure seulement, on peut déplacer la dévolution des biens (voy. le n° 21).

Quand s'ouvre-t-elle ?

La succession d'une personne s'ouvre à son décès.

L'acte de décès peut-il faire preuve du jour et de l'heure du décès ?

L'instant de la mort peut être constaté par l'acte qui la constate. Toutefois, il est permis d'établir : 1° que la déclaration qui a été faite à l'officier de l'état civil de l'heure ou du jour du décès est mensongère ou inexacte ; 2° que l'officier a mentionné un jour ou une heure autre que celui ou celle qui lui a été déclaré. Pour faire cette preuve, il n'est même pas nécessaire de s'inscrire en faux. Dans le premier cas, en effet, on attaque, non pas le témoignage de l'officier public, mais la déclaration des comparants, qui n'ont aucun caractère public. Dans le deuxième, la mention, quoique faite par le maire, n'émane pas d'un officier public : car, la loi ne l'ayant pas chargé de mentionner le jour et l'heure du décès, toute déclaration qu'il fait à cet égard n'est et ne peut être que l'œuvre d'un simple particulier (voy. toutefois, au t. Ier, les nos 298 et suiv.).

Fait-il foi jusqu'à inscription de faux ?

— Si l'acte de décès eût fait foi, jusqu'à inscription de faux, de l'heure du décès, la loi eût laissé aux officiers publics un pouvoir dangereux : car, ainsi que nous l'avons dit, on peut, en avançant ou en reculant l'heure du décès, changer l'ordre légal des successions.

Ainsi, la mention du jour et de l'heure sur les actes de décès pourra être combattue et détruite par les voies ordinaires.

Quid, si l'acte de décès ne fait pas men-

Si l'acte de décès ne fait pas mention du jour et de l'heure du

décès, ou s'il n'existe pas de registres dans la commune où le *de cujus* est décédé, le moment de la mort peut être alors prouvé tant par titres que par témoins (art. 46).

tion du jour et de l'heure du décès?

20. — La déclaration d'absence n'ouvre pas la succession de l'absent. Il est vrai que ceux de ses parents qui étaient ses héritiers présomptifs au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, sont autorisés à se faire envoyer en possession de ses biens ; mais cet état de choses n'est que *provisoire*. Si l'on découvre plus tard l'époque véritable du décès de l'absent, c'est à cette époque qu'il faudra se placer pour régler la dévolution de ses biens. — Toutefois, si son décès n'est jamais constaté, l'absence déclarée est, *de fait*, une cause d'ouverture de sa succession : la loi présume alors qu'il est mort le jour de sa disparition ou de la réception de ses dernières nouvelles (voy., au t. Ier, les nos 396 et 402).

La déclaration d'absence ouvre-t-elle la succession de l'absent?

Art. 720 à 722.

21. — Lorsque deux personnes appelées à se succéder *réciproquement* périssent dans un même événement, il importe de fixer avec précision le moment de leur décès : car celle des deux qui sera décédée la dernière, ayant succédé à l'autre, se trouvera avoir transmis à ses propres héritiers, confondue dans la sienne, la succession de son comourant. Je prends une espèce. Deux frères, *Primus* et *Secundus*, mariés tous deux, n'ont aucun autre parent au degré successible ; ils périssent dans un incendie. *Primus* est-il mort le premier : la femme de *Secundus* a succédé à son mari, et, du chef de son mari, à *Primus*. Est-ce *Secundus* qui est décédé le premier : la femme de *Primus* a succédé à son mari, et, du chef de son mari, à *Secundus*.

Lorsque deux personnes appelées à se succéder réciproquement périssent dans un même événement, quel intérêt y a-t-il à savoir laquelle des deux est morte la première?

On conçoit l'embarras de la loi !

Elle s'est tirée d'affaire au moyen de certaines *présomptions* fondées sur l'âge et le sexe des *commorientes*. Mais le juge n'y doit recourir *qu'à défaut* de toute autre espèce de preuves. Ces autres espèces de preuves peuvent résulter : 1° de vérifications matérielles ; 2° du témoignage des personnes qui ont été témoins de l'événement ; 3° des circonstances qui l'ont précédé, suivi ou accompagné.

Comment parvient-on à le découvrir?

Quand faut-il recourir aux présomptions que la loi a établies à cet égard?

1° *Vérifications matérielles*.... Les médecins peuvent, en effet, reconnaître, par l'inspection des corps et l'examen attentif des blessures, lequel des comourants est décédé le premier.

2° *Témoignage*.... Des personnes ont pu être témoins de l'événement et voir l'un des comourants déjà mort lorsque l'autre luttait encore.

3° *Circonstances du fait*..... Les circonstances peuvent, en effet, conduire, par une induction naturelle et logique, à la découverte de la vérité. Ainsi, tous les membres d'une même famille ayant été assassinés pendant une nuit, on décida, dans notre ancienne jurisprudence, que les enfants avaient dû survivre, parce qu'il y avait lieu de présumer que les assassins, dans un intérêt de sécurité, avaient dû s'attaquer d'abord au chef de la famille. De même,

lorsque deux soldats ont péri dans une même bataille et qu'il est établi que l'un était à l'avant-garde, tandis que l'autre était à l'arrière-garde, on doit naturellement présumer que celui-ci a survécu au premier.

22. — Lorsque ces moyens de preuve manquent absolument, *alors, mais alors seulement,* le juge peut et doit recourir aux présomptions de la loi.

Quelles sont les présomptions de la loi?

La vie humaine a été partagée en trois périodes :

La première commence à la naissance et finit à quinze ans révolus. C'est l'état de faiblesse. Comme dans cette période les forces vont toujours en croissant, le plus âgé est habituellement le plus fort : la loi en conclut que le plus âgé des comourants a dû lutter le plus longtemps contre la même force physique qui a occasionné leur mort : il est donc présumé avoir survécu.

La seconde commence à quinze ans révolus et finit à soixante ans également révolus. La différence d'âge n'établissant pas, pendant cette période, une différence de force assez marquée pour qu'on y ait égard, la loi a dû s'attacher, pour résoudre la question de survie, aux lois naturelles ; or, comme le plus vieux meurt ordinairement avant le plus jeune, celui-ci est réputé avoir survécu. — Toutefois, l'homme étant physiquement et moralement plus fort que la femme, du moins quand il n'existe pas entre eux une grande différence d'âge, la loi en conclut que, si les comourants sont de sexe différent et de même âge, ou séparés l'un de l'autre par une seule année de différence, le mâle a dû lutter le plus longtemps : c'est donc lui qui sera présumé avoir survécu. — La loi ne tient aucun compte de la différence de *sexe* lorsque les comourants sont, l'un et l'autre, âgés de moins de quinze ans ou de plus de soixante.

La troisième période commence à soixante ans révolus. Pendant cette période, les forces, au lieu d'aller en croissant, vont chaque jour s'affaiblissant : la loi en conclut que le plus jeune est le plus fort. Ainsi, entre les comourants âgés de plus de soixante ans, le moins âgé est réputé avoir survécu.

Si les deux comourants avaient, l'un moins de quinze ans et l'autre plus de soixante, lequel des deux a survécu?

23. — Des deux comourants, l'un avait moins de quinze ans et l'autre plus de soixante : lequel des deux a survécu? La loi a prévu le cas. L'enfant et le vieillard étant l'un et l'autre dans un état de faiblesse à peu de chose près égal, elle a tranché la difficulté par les considérations que fournit l'ordre naturel : le plus jeune est réputé avoir survécu. Souvent, il est vrai, cette présomption aura quelque chose de choquant : il est, en effet, peu probable qu'un enfant de quelques jours ait lutté plus longtemps qu'un vieillard de soixante ans contre la force des flots ou l'incendie qui a occasionné leur mort; mais il n'est pas de présomption qui, poussée à ses dernières limites, ne touche à l'invraisemblance.

Quid, si l'un avait moins de quinze ans et l'autre plus de quinze, mais moins de soixante?

24. — Des deux comourants, l'un avait moins de quinze ans, et l'autre plus de quinze, mais moins de soixante : que décider dans ce cas? La loi ne l'a pas prévu. Il est, dit-on, évident qu'il faut,

d'après son esprit, décider que le comourant qui était dans toute sa force a survécu à celui qui était encore dans l'état de faiblesse au moment où la mort les a atteints. En effet, si, lorsque les comourants sont l'un et l'autre âgés de moins de quinze ans, ou l'un et l'autre âgés deplus de soixante, c'est-à-dire dans un état de faiblesse, la supériorité de force entraîne la présomption de survie, à bien plus forte raison doit-il en être de même lorsque l'un des comourants est dans toute sa force, tandis que l'autre est encore dans un état de faiblesse (1).

Quid, si l'un avait plus de quinze ans et l'autre plus de soixante?

25. — Des deux comourants, l'un a plus de quinze ans et moins de soixante, et l'autre plus de soixante : lequel a survécu? La loi est encore muette sur ce point; mais, dit-on encore, il est hors de doute que le premier doit être présumé avoir survécu, puisqu'il est tout à la fois plus jeune et plus fort que le second.

Quid, si les comourants étaient frères jumeaux?

26. — Que décider enfin si les comourants sont frères jumeaux? Le plus grand âge entre les jumeaux se détermine, non par l'époque mystérieuse de la conception, mais par celle de la naissance. Celui-là est donc le plus âgé, *l'aîné*, qui est né le premier, *ante natus*. — Cela posé, nous disons : Celui qui a survécu est le plus âgé (le premier né), s'ils sont morts pendant la première période de la vie, le plus jeune (le dernier né), s'ils sont morts dans la seconde ou dans la troisième.

Mais que décider si leur acte de naissance ne dit point lequel est né le premier, et s'il n'existe aucune preuve de la priorité de naissance? S'il est établi, d'une part, que l'un d'eux était dans toute sa force, tandis que l'autre était malade ou convalescent, que l'un était très-robuste et l'autre très-faible, et, d'autre part, qu'ils ont dû lutter plus ou moins longtemps contre la même force physique qui a occasionné leur mort, ces circonstances peuvent être prises en considération, non pas à titre de présomptions légales *obligatoires* pour le juge, mais comme simples présomptions de fait abandonnées à son appréciation.

S'ils étaient de force égale, ou si l'on ne sait pas lequel était le plus fort, ou, enfin, si leur mort a été si instantanée qu'aucune lutte n'ait été possible, par exemple, s'ils ont été tués par un même coup de foudre, la question de survie ne pouvant être résolue ni par les circonstances ni par les présomptions de la loi, force est bien de les réputer morts en même temps : *non videtur alter alteri supervixisse, cùm simul decesserint*. Dès lors, aucun d'eux n'a succédé, puisque aucun d'eux n'a survécu. La succession de l'un et de l'autre doit donc être réglée comme elle le serait s'il n'existait pas de frère. Ainsi, en reprenant l'espèce posée sous le n° 21, les

(1) Je donne l'opinion générale, tout en faisant remarquer qu'elle est peu logique de la part de ceux qui soutiennent que les présomptions des art. 721 et 722 ne s'appliquent qu'aux cas rigoureusement et textuellement prévus (voy. les nos 27 à 30).

femmes des deux frères succèdent, chacune de son côté, à son mari. La veuve de *Primus* ne peut pas prétendre à la succession de *Secundus*, ni la veuve de *Secundus* à celle de *Primus*, puisque ni l'une ni l'autre ne peut prouver que son mari a survécu. Ce n'est, au reste, qu'une application du droit commun : celui qui réclame une succession du chef d'une autre personne à laquelle il a succédé, doit, en effet, prouver que cette personne existait au moment où s'est ouverte la succession qu'il réclame; à défaut de cette preuve, sa demande n'est pas recevable (art. 135).

Les présomptions établies par les art. 721 et 722 sont-elles applicables aux successions testamentaires?

27. — Les présomptions légales que nous venons d'étudier sont-elles applicables aux successions *testamentaires?* Ainsi, *Primus* institue pour légataire universel *Secundus* qui, de son côté, l'a choisi comme légataire universel : ils sont appelés à se succéder *réciproquement*. S'ils périssent dans un même événement, la question de survie peut-elle, à défaut de circonstances de fait, être résolue au moyen des présomptions établies par les art. 721 et 722? La négative est aujourd'hui universellement admise. Les présomptions dont il s'agit sont placées au Titre *Des successions ab intestat*, et, en matière de présomptions, il ne faut pas raisonner par analogie : les preuves légales, étant de droit étroit, ne peuvent être appliquées qu'aux cas pour lesquels elles ont été spécialement établies (art. 1350). L'analogie dans l'espèce est d'ailleurs très-contestable. Les successions testamentaires enlèvent à la famille ses légitimes espérances : aussi sont-elles vues avec défaveur. On conçoit donc que le législateur ait laissé sous l'application du principe général établi par l'art. 135 la dévolution des biens par testament, toutes les fois qu'il ne peut pas être établi, par les circonstances du fait, lequel des deux testateurs a survécu. Tous deux sont réputés morts en même temps : aucun d'eux n'a succédé à l'autre, parce qu'aucun d'eux n'a survécu; les legs faits par eux sont caducs, et leurs biens sont dévolus à ceux que la loi préfère, c'est-à-dire à leurs parents.

Sont-elles applicables au cas où les comourants n'étaient pas appelés à se succéder *réciproquement?*

28. — *Quid*, si les comourants ne sont pas appelés à se succéder *réciproquement?* L'art. 721 suppose l'hypothèse inverse; mais est-il exclusif? Soient trois cousins germains, *Primus*, *Secundus* et *Tertius; Primus* a des enfants, et *Secundus* n'a aucun parent plus proche que ses cousins. *Primus* et *Secundus* ne sont donc pas appelés à se succéder *réciproquement:* car, si *Primus* prédécède, ce sont ses enfants qui lui succéderont, tandis qu'il succédera pour moitié à *Secundus* s'il lui survit. — Si *Primus* et *Secundus* périssent dans un même événement, la question de survie peut-elle être décidée au moyen de nos présomptions légales? L'affirmative est généralement admise. La négative me semble cependant préférable. Il s'agit ici de présomptions légales, et l'on ne peut, en cette matière, admettre d'analogie; tout y est de droit étroit. Dès qu'on est en dehors des cas textuellement prévus, il faut, de toute nécessité, rentrer dans le droit commun; or, suivant le droit commun, les enfants de *Primus* ne peuvent prétendre à la succes-

sion de *Secundus* qu'à la condition de prouver que leur père lui a survécu (art. 135). Dans l'espèce, la survie de *Primus* n'étant pas établie, la succession de *Secundus* doit être réglée comme si *Primus* n'avait jamais existé : ainsi elle appartient exclusivement à *Tertius*.

Le sont-elles au cas où les comourants sont morts, non dans le *même événement*, mais *le même jour*?

29. — On s'est enfin demandé si nos présomptions légales s'appliquent au cas où les comourants sont morts, non dans le *même événement*, mais le *même jour*? Mon système est toujours le même : nous sommes en dehors des cas spécialement prévus par l'art. 721; dès lors les présomptions qu'il introduit cessent d'être applicables. D'ailleurs, il n'existe pas d'analogie entre cette espèce et celle que prévoit la loi. Qu'importe, en effet, qu'il y ait ou non, entre les comourants, des différences d'âge ou de sexe, ou que l'un d'eux ait été plus fort que l'autre, si la force physique contre laquelle ils ont eu à lutter n'est pas la même?

Cette décision est universellement admise. Mais, à côté de la présomption qu'on écarte, on en place une autre. A défaut de toute espèce de preuves, il faut, dit-on, s'en tenir à l'ordre naturel des décès : ainsi le plus jeune des comourants sera réputé avoir survécu. On cite, à l'appui de ce système, la loi du 20 prairial an IV, qui décide formellement qu'entre personnes exécutées le même jour, la plus jeune est réputée avoir survécu, lorsqu'il n'existe aucun procès-verbal des exécutions, ni aucun autre moyen de résoudre la question de survie.

Ce système ne me semble pas logique; il crée une présomption qui n'est pas dans la loi. L'argument d'analogie tiré de la loi de prairial n'est pas concluant. Lorsque deux personnes ont été exécutées le même jour, il est certain que l'une d'elles a été exécutée la première; que l'une d'elles, par conséquent, a survécu à l'autre. Dès lors, on ne pouvait pas admettre qu'elles sont mortes et que leurs successions se sont ouvertes en même temps : c'eût été se placer ouvertement en dehors de la vérité. Dans notre hypothèse, au contraire, il est possible que les deux successions se soient ouvertes au même instant, et que par suite aucun des comourants n'ait succédé à l'autre.

30. — En résumé, toutes les fois que la question de survie ne peut pas être résolue, soit parce que les circonstances du fait manquent absolument, soit parce que les présomptions de la loi ne s'appliquent pas à l'espèce qui fait l'objet du procès, les comourants sont présumés morts au même instant : en conséquence, la succession de chacun d'eux doit être réglée comme elle le serait si son comourant n'avait jamais existé.

§ II. *Des différentes classes d'héritiers.*

Art. 723.

Est-il exact de dire que les successeurs irréguliers ne viennent qu'à *défaut* des héritiers légitimes?

31. — Les successeurs *ab intestat* sont ou légitimes ou irréguliers.

« La loi, dit l'art. 723, règle l'ordre de succéder entre les héri-

« tiers légitimes ; *à leur défaut*, les biens passent aux enfants natu-
« rels, ensuite à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'État. »

Cette disposition est doublement inexacte :

1° S'il est vrai que le conjoint et l'Etat ne succèdent *qu'à défaut* de parents, il n'en est pas de même des enfants naturels : ceux-ci, en effet, succèdent même *en concours* avec les enfants légitimes du défunt (art. 757) ;

L'énumération des successeurs irréguliers, telle que la loi la donne, est-elle complète?

2° L'énumération des successeurs irréguliers, telle que la loi la donne ici, est incomplète ; au lieu de *trois*, il y en a *cinq*, qui sont : les enfants naturels succédant à leurs père ou mère (art. 757), les père ou mère naturels succédant à leurs enfants (art. 765), les frères et sœurs naturels succédant entre eux (art. 766), enfin le conjoint et l'Etat.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les héritiers légitimes des successeurs irréguliers?

32. — Il importe de distinguer les héritiers *légitimes* des successeurs *irréguliers*, sous trois rapports différents :

1° Les héritiers *légitimes représentent le défunt ;* ils continuent *sa personne :* ils sont donc tenus de ses dettes comme il en était tenu lui-même, c'est-à-dire *in infinitum*. C'est ce qu'on exprime en disant qu'ils sont tenus des dettes *ultra vires successionis*. Et non-seulement ils paient *in infinitum* toutes les dettes dont le défunt était tenu, mais la loi met encore à leur compte certaines dettes qui sont nées depuis l'ouverture de la succession, telles que les frais mortuaires, les frais de scellés et d'inventaire. C'est ce que l'art. 724 indique en disant qu'ils sont tenus sans limites de toutes les *charges* de la succession. — Les successeurs *irréguliers* succèdent *aux biens ;* mais ils ne représentent pas le défunt, ils ne continuent pas *sa personne*. S'ils doivent payer ses dettes, c'est parce qu'ils détiennent l'universalité de ses biens, et qu'il est de principe que toute masse de biens est grevée de l'universalité des dettes de celui à qui elle appartient : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Aussi n'en sont-ils tenus que dans la limite des biens qu'ils recueillent. On exprime cette idée en disant qu'ils sont tenus des dettes et charges *intra vires successionis*.

2° Les héritiers *légitimes* ne peuvent pas se soustraire à l'action des créanciers en leur offrant l'abandon des biens laissés par le défunt, car le défunt qu'ils représentent ne l'aurait pas pu lui-même ; ils sont comme lui obligés *personnellement*, et ceux qui sont tenus à ce titre le sont sur tous leurs biens sans distinction (article 2092). — Les successeurs *irréguliers*, au contraire, jouissent de cette faculté. Ce n'est pas, en effet, comme obligés *personnels* qu'ils sont tenus, puisqu'ils ne représentent pas le défunt : ils sont tenus parce qu'ils détiennent la masse des biens grevée de la masse des dettes ; or, c'est un principe général que ceux qui sont tenus *propter rem* seulement, c'est-à-dire à l'occasion d'une chose qu'ils détiennent, peuvent se soustraire à toute poursuite en abandonnant cette chose aux créanciers (art. 2172) (1).

(1) Ces différences sont généralement admises. — M. Demolombe ne les

Au reste, ces différences ne sont pas essentielles. Nous verrons, en effet, que l'héritier légitime qui accepte *sous bénéfice d'inventaire* n'est tenu des dettes qu'*intra vires successionis*, et qu'il peut même se soustraire aux poursuites des créanciers en leur faisant l'abandon des biens laissés par le défunt (art. 802).

Ces différences sont-elles essentielles?

3° Les héritiers légitimes ont une *saisine* que n'ont pas les successeurs irréguliers (voy. le n° 36).

§ III. *De la saisine.*

33.—La *saisine* est, en principe, une disposition de la loi, en vertu de laquelle les droits et les dettes d'un défunt passent, *dès l'instant de sa mort*, de sa personne dans celle de ses héritiers, qui les acquièrent *ipso jure*, sans qu'ils aient besoin de manifester à cet effet aucune volonté, et même *à leur insu*. C'est, en d'autres termes, une investiture *légale* et *instantanée* des droits actifs et passifs du défunt.

Art. 724.

Qu'est-ce que la saisine?

34.—I. *De la saisine quant aux héritiers légitimes.*—L'héritier légitime acquiert la succession dès qu'elle est ouverte, avant même qu'il sache qu'elle est ouverte; il est *saisi de plein droit*, dit l'article 724. C'est la reproduction de l'ancienne maxime : *Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à succéder. Le mort*, c'est-à-dire celui dont la succession est ouverte, *saisit*, c'est-à-dire est réputé mettre en possession de tous ses biens, *le vif, son hoir plus proche*, c'est-à-dire celui qui, en sa qualité de parent le plus proche, est habile à lui succéder (1).

Mais la saisine n'est pas *irrévocable*; elle peut être détruite par

accepte pas. La saisine *judiciaire* produit, suivant lui, dans la personne des successeurs irréguliers, tous les effets que la saisine *légale* produit dans la personne des héritiers légitimes. Il en conclut qu'une fois envoyés en possession, leur condition est absolument semblable à celle des héritiers légitimes (t. Ier, nos 80, 132 *bis*, 160; t. II, nos 45, 138 et 258; t. III, nos 115 et s.; t. V, nos 37 et s.).

(1) La saisine fut introduite pour soustraire la propriété aux exigences féodales. On sait que les seigneurs prétendaient qu'ils avaient été, dans l'origine, propriétaires de tous les biens situés dans le territoire de leur seigneurie, et qu'ils en avaient conservé le domaine direct après en avoir aliéné la propriété en les inféodant. De là les feudistes avaient conclu que le vassal était censé remettre, en mourant, la saisine ou la possession de ses biens à son seigneur, qu'en conséquence ses héritiers devaient demander à celui-ci la délivrance de la succession, et payer, pour l'obtenir, les droits de *relief* pour les fiefs, et de *rachat* ou de saisine pour les héritages de roture. C'est pour échapper au paiement de ces droits que les légistes imaginèrent une fiction destructive de la fiction seigneuriale, et en vertu de laquelle le vassal décédé était censé avoir lui-même, au moment de sa mort, mis ses héritiers en possession de sa succession, ce qui les dispensait de l'obligation d'en demander la délivrance au seigneur. « Comme ces droits de relief ou de saisine étaient odieux, dit de Laurière, on introduisit que toute personne décédée serait réputée avoir remis, en mourant, la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent, habile à lui succéder, et non entre les mains d'aucune autre personne, d'où est venue la règle : *Le mort saisit le vif.* »

une renonciation. C'est l'application de cette autre maxime de notre ancien droit : *Nul n'est héritier qui ne veut* (art. 785). L'héritier est saisi *instantanément*, mais il ne l'est pas *irrévocablement;* il acquiert l'hérédité à son insu, *ignorans*, mais il ne la conserve pas malgré lui, *invitus* (voy., sous les nos 203 et s., la théorie de l'acceptation).

Ainsi, dès que la succession est ouverte, l'héritier est : 1° propriétaire, 2° possesseur, 3° créancier, 4° débiteur de toutes les choses dont le défunt était propriétaire, possesseur, créancier ou débiteur. Il n'est pas seulement saisi des *droits* actifs et passifs du défunt; il l'est aussi, l'art. 724 le dit formellement, *de ses actions*, c'est-à-dire de l'*exercice* actif et passif de ces mêmes droits. L'investiture est aussi complète qu'instantanée.

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que l'héritier légitime est, de plein droit, saisi des droits et dettes du défunt?

Du principe qu'il est *saisi*, *ipso jure*, *des droits et des dettes du défunt*, il résulte : 1° qu'il acquiert la succession, *encore qu'il soit mineur ou interdit;* 2° qu'il la transmet, confondue dans la sienne, encore qu'il n'ait survécu qu'un seul instant de raison au *de cujus*.

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'il est, de plein droit, saisi des *actions* actives ou passives du défunt?

Du principe qu'il est *saisi*, *ipso jure*, *des actions*, c'est-à-dire de l'*exercice* actif ou passif des droits et des dettes du défunt, il résulte qu'il peut, dès le moment même de l'ouverture de la succession, actionner soit les débiteurs du défunt, soit les détenteurs des biens héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers de la succession; tout ce qui est relatif à l'exercice des droits actifs ou passifs du défunt suit son cours comme si le défunt vivait encore.

Quel est, quant au droit de possession, l'effet de la saisine?

35. — C'est surtout en ce qui touche le droit de possession que l'effet de la saisine est remarquable. Selon les lois romaines, la possession ne peut être acquise que par *l'appréhension de la chose* AVEC *l'intention de l'avoir pour soi*. L'art. 2228 de notre Code reproduit la même idée. Ici, au contraire, l'héritier acquiert la possession des biens du défunt *avant de les avoir appréhendés* et même *à son insu*. Il possède, quoiqu'il ne détienne pas; il possède, quoiqu'il n'ait pas encore manifesté l'intention de posséder. De là ces deux conséquences importantes :

1° Le défunt possédait un immeuble depuis 29 ans; son héritier n'a appréhendé la succession qu'un an après qu'elle a été ouverte. Quoique, en fait, il n'ait pas possédé, quoiqu'il ait ignoré même l'ouverture de la succession, et qu'il n'ait pas eu, par conséquent, l'intention de posséder, il est réputé avoir possédé pendant cette année. La prescription n'a pas été interrompue; elle s'est accomplie à son profit.

2° Le défunt possédait un immeuble depuis six mois seulement; son héritier n'a appréhendé la succession que six mois après qu'elle a été ouverte. Quoique, en fait, il n'ait pas possédé pendant ces six mois, il est néanmoins réputé avoir possédé pendant ce temps. Sa possession est, par conséquent, réputée avoir *un an* d'existence : il peut donc l'invoquer pour exercer les actions possessoires qui ne compètent qu'à ceux qui possèdent *depuis un an au moins* (art. 23, C. pr.).

36. — II. *De la saisine à l'égard des successeurs irréguliers.* — Le successeur irrégulier est aussi saisi *ipso jure*, et même *à son insu*, des *droits* et des *dettes* du défunt. Ainsi, comme l'héritier légitime, il est, dès l'instant de l'ouverture de la succession, et quoiqu'il ignore que la succession est ouverte : 1° propriétaire, 2° possesseur, 3° créancier, 4° débiteur de toutes les choses dont le défunt était propriétaire, possesseur, créancier ou débiteur.

Quelle différence y a-t-il entre la saisine attribuée aux héritiers légitimes et la saisine attribuée aux successeurs irréguliers?

De là il suit : 1° qu'il acquiert la succession, quoiqu'il soit mineur ou interdit; 2° qu'il la transmet, confondue dans la sienne, quoiqu'il n'ait survécu au défunt que pendant un seul instant de raison.

Mais il n'est pas saisi *ipso jure* des *actions* du défunt, c'est-à-dire de *l'exercice* de ses droits actifs ou passifs. Cette saisine, quant à lui, est *judiciaire :* il doit la demander à la justice, c'est-à-dire se faire mettre, par la justice, en possession de la succession. Il en résulte que, tant qu'il n'a pas obtenu l'envoi en possession, il ne peut ni poursuivre les débiteurs de la succession, ni être poursuivi par les créanciers du défunt.

Ainsi, les héritiers légitimes acquièrent *ipso jure*, dès l'instant que la succession est ouverte : 1° les droits actifs et passifs du défunt; 2° l'exercice de ces mêmes droits. Les successeurs irréguliers acquièrent, *ipso jure*, les droits actifs et passifs du défunt, et, *voluntate judicis*, l'exercice de ces mêmes droits. Pour les héritiers légitimes, la saisine est toujours *légale ;* pour les successeurs irréguliers, elle est *légale* quant aux droits actifs et passifs du défunt, *judiciaire* quant à l'exercice de ces droits (1).

37. — Il existe sur la saisine un autre système.

Suivant quelques personnes, la saisine dont il est parlé dans l'art. 724, celle qu'ont les héritiers légitimes et que n'ont pas les successeurs irréguliers, *n'a trait qu'au droit de possession.* On la définit : Une fiction légale en vertu de laquelle un héritier est réputé posséder les biens du défunt, *même avant de les avoir appréhendés ;* ou, en d'autres termes, l'*anticipation légale de la possession et des avantages qui en résultent* (2). Bien que la possession soit une chose *de fait*, bien que l'intention de la personne soit nécessaire pour l'acquérir, l'héritier *légitime* l'acquiert néanmoins, abstraction faite de toute détention, et même à son insu. De là les conséquences indiquées sous le n° 35.

Le successeur *irrégulier*, au contraire, n'acquiert pas la possession *ipso jure* et à son insu ; il ne l'acquiert qu'autant qu'il la demande à la justice qui l'en investit. La possession qui avait commencé dans la personne du défunt se trouve donc suspendue, tant au point de vue de la prescription qu'à celui de l'exercice des actions possessoires, depuis le moment de l'ouverture de la suc-

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 24 *bis;* Zach., Aubry et Rau, t. V, § 609, p. 129 et suiv.; § 638, p. 367 et suiv.; Demol., t. Ier, nos 124 et suiv.
(2) M. Bugnet, *sur Poth.*, t. VIII, p. 114.

cession jusqu'au jour où le successeur irrégulier s'est fait mettre en possession.

Dans ce système, le successeur irrégulier, comme l'héritier *légitime*, devient de plein droit, dès l'instant même de l'ouverture de la succession, propriétaire, créancier ou débiteur des choses dont le défunt était propriétaire, créancier ou débiteur; l'art. 724 est étranger à cette saisine. Mais, à la différence de l'héritier *légitime*, qui acquiert de plein droit la *possession* des choses laissées par le défunt, le successeur *irrégulier* ne devient *possesseur* qu'à partir du moment où il s'est judiciairement fait mettre en possession.

38. — La bizarrerie des conséquences auxquelles il conduit doit suffire pour nous mettre en garde contre ce système. Dans quel but, en effet, dans quel intérêt, suspendre la prescription qui courait au profit du défunt? Et d'ailleurs, si le successeur irrégulier ne possède pas, la succession ne possède-t-elle point pour lui?

Je remarque aussi que ce système est contraire au texte de l'art. 724, qui parle, non pas spécialement de la saisine du droit de possession, mais de la saisine des *droits* et *actions* en général. Il y est dit, il est vrai, que le successeur irrégulier doit se faire judiciairement *envoyer en possession de la succession*. Mais ces expressions ne signifient pas que la transmission du droit de possession qui appartenait au défunt n'a lieu qu'à partir du jour où le successeur irrégulier a obtenu une investiture judiciaire. Il faut les entendre en ce sens que le successeur irrégulier ne peut pas, de sa propre autorité, appréhender les biens héréditaires, se mettre à la tête de la succession, et en exercer les droits : qu'il n'a point, en un mot, qualité pour agir comme *dominus*, tant qu'il n'a pas judiciairement fait constater son droit à la succession. Il n'est pas possesseur *de fait*, mais il est possesseur *de droit*, de la même manière qu'il est propriétaire ou créancier des choses dont le défunt était propriétaire ou créancier. Il ne peut point, sans doute, tant qu'il n'a point fait reconnaître son titre par la justice, exercer le droit de possession qui lui a été transmis; mais n'en est-il point de même du droit de propriété ou de créance?

39. — Pour nous, la formule de la saisine est bien simple : L'héritier *légitime* peut, dès que la succession est ouverte, exercer tous les droits qui lui ont été transmis, et répondre aux poursuites qui peuvent être formées contre lui par les créanciers du défunt; le successeur irrégulier, au contraire, ne peut ni poursuivre ni être poursuivi, tant qu'il n'a pas fait reconnaître son titre en justice, conformément aux art. 770 et suivants.

CHAPITRE II. — DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER.

2e *Répétition.*

40. — La loi détermine, sous cette rubrique, quelles qualités sont nécessaires, soit pour *acquérir* la succession, soit pour la

conserver lorsqu'elle est *acquise*. L'absence des qualités nécessaires pour *acquérir* la succession constitue l'*incapacité ;* l'absence des qualités nécessaires pour *conserver* la succession acquise constitue l'*indignité*.

§ I. *De la capacité.*

Art. 725.

Quelles personnes sont capables de succéder? Quelles personnes ne le sont pas?

41. — Sont capables de succéder tous ceux que la loi ne range pas dans la classe des incapables.

Sont incapables :

1° *Ceux qui étaient déjà morts quand la succession s'est ouverte ;*

2° *Ceux qui n'étaient pas encore conçus à la même époque ;*

3° *Ceux qui étaient conçus à cette époque, mais qui sont nés non vivants, ou vivants, mais non viables.*

Sous quelles conditions les enfants conçus sont-ils capables de succéder ?

Ainsi, il n'est pas nécessaire d'être *né* au moment de l'ouverture d'une succession pour être apte à la recueillir ; il suffit d'être conçu : *Infans conceptus prò nato habetur quotiès de commodis ejus agitur*. Mais cette fiction n'est applicable qu'aux enfants qui sont nés *vivants* et *viables*. L'enfant qui naît mort n'a jamais eu d'existence civile ; en droit, il ne compte pas : *qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur*. Il en est de même des enfants nés *vivants*, mais *non viables*.

Qu'est-ce qu'un enfant né *non viable* ?

Un enfant est né vivant, mais *non viable*, lorsque sa constitution est tellement hors nature, tellement vicieuse, qu'il est évident qu'il ne peut vivre que pendant quelques instants, ou tout au plus quelques jours : la loi ne tient aucun compte de cette existence éphémère.

Comment prouve-t-on qu'un enfant est né vivant ?
Qu'il est né viable ?

On prouve que l'enfant est né *vivant*, soit par l'acte de naissance, lorsque cet acte porte que l'enfant a été présenté vivant à l'officier public, soit, dans le cas contraire, par le témoignage des personnes qui ont assisté à l'accouchement. Quant à la *viabilité*, la preuve en est plus difficile : il ne s'agit plus, en effet, d'un simple fait qui peut être constaté par toute personne ; c'est une question de médecine légale, qui ne peut être résolue qu'au moyen d'une inspection du corps par les gens de l'art.

Qu'il était conçu au moment de l'ouverture de la succession ?

42. — Mais comment constatera-t-on que l'enfant, né *vivant* et *viable*, était *conçu* au moment de l'ouverture de la succession? A quels signes, à quels caractères, le reconnaîtra-t-on?

Constatons d'abord qu'on ne peut pas établir, en principe, que, la grossesse chez la femme étant de neuf mois, selon l'ordre habituel de la nature, l'époque de la conception remonte au premier jour de ces neuf mois calculés d'après le jour de la naissance. Ce serait créer une présomption qui n'est pas dans la loi et qui d'ailleurs serait souvent contraire à la vérité : car les grossesses ne sont pas toujours de neuf mois.

Mais ne peut-on pas invoquer les présomptions établies par les art. 312 et 315 en matière de légitimité, et dire, en conséquence, que l'enfant sera réputé conçu avant l'ouverture de la succession

par cela seul qu'il sera né dans les trois cents jours du décès du *de cujus?*

La question doit être résolue par une distinction, qui ressort naturellement du but que la loi s'est proposé en introduisant ces présomptions. On sait, en effet, qu'elles sont souvent contraires à la vérité, et que, si la loi les a introduites, ce n'est que dans un intérêt de morale publique, *pour sauver l'honneur de la mère*. De là je conclus :

1° Qu'elles peuvent être invoquées en matière de succession, orsqu'il est impossible, *sans déshonorer la mère*, de décider que l'enfant n'était pas conçu au moment du décès du *de cujus*, c'est-à-dire toutes les fois que la question de *légitimité* se trouve mêlée à la question de *succession*. Ainsi, l'enfant né le deux cent quatre-vingt-dix-neuvième jour ou même le trois-centième jour du décès du mari de sa mère sera réputé conçu avant l'ouverture de la succession : car, dans l'espèce, les deux questions de légitimité et de succession sont inséparables : on ne peut pas, en effet, sans porter atteinte à l'honneur de la mère, décider que son enfant ne succède pas à son mari.

2° Qu'elles ne peuvent pas l'être, au contraire, lorsqu'il est possible, *sans porter atteinte à l'honneur de la mère*, de décider que l'enfant n'était pas conçu au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire toutes les fois que la légitimité de l'enfant n'est pas en cause. Les présomptions légales ne s'étendent pas, en effet, d'un cas à un autre (1).

43. — Il existe cependant une hypothèse où les présomptions des art. 312 et 315 sont applicables à une pure question de succession : je veux parler du cas où il s'agit de la succession d'un parent décédé *après* la mort du père de l'enfant. *Primus* meurt le 1er janvier ; son frère *Secundus*, le 15 du même mois ; la veuve de *Primus* accouche le trois-centième jour à partir du 1er janvier : l'enfant est réputé légitime, conçu des œuvres de *Primus* (art. 315); il recueillera donc sa succession. Mais recueillera-t-il également la succession de son oncle *Secundus?* Oui : car, dans le système contraire, on serait conduit à un résultat *absurde* : l'enfant serait réputé conçu le 1er janvier, à l'effet d'acquérir l'état d'enfant légitime et, par suite, la succession de son père, et non encore conçu le 15 du même mois, à l'effet de recueillir la succession de son oncle (2) !

44. — Lorsque les présomptions des art. 312 et 315 ne peuvent point servir à résoudre la question de savoir si l'enfant était ou non conçu au moment de l'ouverture de la succession, on recourt

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 8 ; t. I, p. 484; Val. — Voy. toutefois MM. Dem. sur l'art. 726; Demol., nos 184 et suiv.

(2) M. Val. — On peut d'ailleurs ajouter qu'en l'espèce l'honneur de la mère est *implicitement* en cause, et qu'ainsi il est essentiel que la présomption destinée à le sauvegarder reçoive ici son application. (Voy. M. Hureaux, *Rev. crit. de législ.*, t. 23, p. 534.)

à la science des médecins ; c'est alors, de même que la question de viabilité, une pure question de médecine légale.

Quels faits doivent être prouvés par les héritiers d'un enfant, lorsqu'ils prétendent qu'une succession s'était ouverte à son profit? doivent-ils prouver sa viabilité?

Quid, lorsque sa non-viabilité ne peut pas être établie?

45. — Les héritiers d'un enfant qui prétendent qu'une succession s'était ouverte à son profit, doivent établir : 1° qu'il était conçu au moment de l'ouverture de la succession ; 2° qu'il est né vivant (art. 135 et 136). Mais ce n'est pas à eux de prouver qu'il est né *viable*. La loi tient, en effet, pour constants les faits qui, selon l'ordre de la nature, sont les plus habituels ; or, l'enfant qui naît *vivant* naît habituellement *viable*. La non-viabilité est une exception au cours habituel des choses : ceux qui l'invoquent doivent, par conséquent, en fournir la preuve. Ainsi, l'enfant né *vivant* sera réputé né *viable*, et, par suite, habile à succéder ; toutes les fois que, par un obstacle quelconque, la preuve de sa non-viabilité ne pourra pas être établie.

Art. 726.

Les étrangers succèdent-ils en France?

46. — L'art. 726 de notre Code, faisant aux successions l'application du principe de réciprocité établi par l'art. 11, portait : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son « parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du « royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français « succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet « étranger. » Ce système de réciprocité a été abrogé, quant aux successions, donations et testaments, par la loi du 14 juillet 1819. Les étrangers peuvent aujourd'hui acquérir en France par succession, donation ou legs, aussi bien que les Français. La capacité qu'on leur accorde n'est plus subordonnée à la condition d'une réciprocité établie entre la France et leur gouvernement ; la loi nouvelle leur accorde une capacité pure et simple. Cette disposition a eu pour but d'appeler le numéraire en France. On a pensé que les étrangers ne confieraient pas leurs capitaux à notre commerce, à notre industrie, si on leur refusait le droit de transmettre à leurs héritiers leurs biens de France.

Quid, si un héritier français, en concours avec un héritier étranger, n'est pas appelé à succéder aux biens que le *de cujus* a laissés en pays étranger?

Mais qu'adviendra-t-il si le parent français est exclu, en vertu d'une loi ou d'une coutume locale, des biens situés hors de France? Le parent étranger pourra-t-il concourir avec lui sur les biens de France et garder pour lui seul les biens situés à l'étranger? On conçoit combien cette distribution serait injuste ! La loi française devait sauvegarder l'intérêt de ses nationaux, et c'est ce qu'elle a fait en établissant, dans un juste intérêt d'égalité, que le Français en concours avec un étranger aura le droit de prendre, avant tout partage, sur les biens situés en France, une portion égale à celle que la loi étrangère lui refuse sur les biens que le défunt a laissés en pays étranger (art. 2 de la même loi).

§ II. *De l'indignité.*

Art. 727.

Qu'est-ce que l'indignité? Les *incapables* de succéder peuvent-ils être *indignes*?

47. — L'indignité entraîne la rescision de la saisine, l'*exclusion* d'une succession *acquise* (art. 725). Elle suppose donc nécessairement la capacité : car ceux-là ne peuvent pas *perdre* une succes-

sion, qui ne l'ont pas *acquise : indignus potest capere, non retinere.* Ainsi, il n'y a que les *capables* qui puissent être *indignes.*

Combien y a-t-il de causes d'indignité ?

48. — I. *Des causes d'indignité.* — Elles étaient fort nombreuses dans l'ancien droit, sans être même *limitativement* déterminées. Elles sont limitativement déterminées sous le Code, et le juge ne peut, sous aucun prétexte, prononcer l'indignité en dehors des cas textuellement prévus.

Sont indignes :

Quelle est la première cause d'indignité ?

49. — 1° « *L'héritier qui a été* CONDAMNÉ *pour avoir donné ou tenté* (1) *de donner la mort au défunt.* » — Il résulte des termes mêmes de la loi que l'indignité ne sera pas encourue toutes les fois que, par une raison quelconque, le meurtrier du *de cujus* n'aura pas été CONDAMNÉ (2).

Le meurtrier du *de cujus* est-il indigne, s'il meurt avant d'avoir été *condamné*?

Ainsi, point d'indignité si le coupable est mort avant d'avoir été condamné. Il se peut même qu'il ait été reconnu coupable par une magistrature compétente, sans qu'il y ait lieu à l'indignité ; c'est ce qui arrive lorsque l'héritier accusé du meurtre du *de cujus* tombe, frappé d'apoplexie foudroyante, à la lecture de la déclaration affirmative du jury. Dans cette hypothèse, l'accusé ne sera pas condamné, car on ne condamne pas un cadavre : il sera, par conséquent, mort dans l'intégrité de son droit.

Quid, s'il prescrit l'action publique?

Quid, s'il prescrit sa peine?

Point d'indignité si l'héritier ne peut plus être condamné, par suite de la prescription de l'action publique. Mais il n'en est pas de même si, après avoir été condamné, il prescrit sa peine, ou si le chef de l'État lui fait grâce : l'indignité, en effet, a pour cause, non la *peine* subie, mais la *condamnation.*

Quid, s'il était en état de folie quand il a donné la mort au *de cujus*, ou en état de légitime défense ? ou enfin mineur de seize ans et sans discernement ?

Enfin, point d'indignité lorsque l'héritier était : 1° en état de folie, quand il a donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2° en état de légitime défense ; 3° mineur de seize ans et sans discernement : car, dans aucun de ces cas, il n'est prononcé de condamnation.

Quid, si c'est par imprudence qu'il a donné la mort au défunt ?

50. — L'homicide *par imprudence* n'est pas une cause d'indignité. L'héritier sera sans doute condamné : car, si l'homicide par imprudence n'est pas un crime, c'est au moins un délit qui rend son auteur passible de peines correctionnelles ; mais nous ne rencontrons point, dans l'espèce, l'élément essentiel qui constitue l'indignité, l'*intention coupable.*

Quid, s'il a été déclaré *excusable* ?

51. — Le meurtrier qui n'a été condamné qu'à une peine correctionnelle, *parce que le meurtre a été jugé excusable*, peut-il être déclaré indigne? L'*affirmative* est généralement admise. L'excusabilité ne détruit pas, dit-on, la criminalité. Elle est cause, il est vrai, que la peine, au lieu d'être criminelle, est simplement cor-

(1) Comme auteur principal, ou comme complice. (MM. Dur., t. VI, n° 89 ; Dem., sur l'art. 727 ; Duc., Bonn. et Roust., id.; Demol., n° 221.)

(2) Mais peu importe que la condamnation soit contradictoire ou par contumace. Seulement, dans le deuxième cas, l'exclusion résultant de l'indignité ne sera définitive que lorsque la condamnation le sera elle-même. (MM. Dur., t. VI, nos 99, 101 ; Dem., sur l'art. 727; Demol., n° 224.)

rectionnelle ; mais cet adoucissement dans la peine n'empêche pas que l'héritier ne soit réellement condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, ce qui constitue, mot pour mot, la cause d'indignité prévue par la loi. C'eût été d'ailleurs blesser gravement les convenances que permettre à un meurtrier de recueillir paisiblement la succession de sa victime. J'ajoute que le système contraire serait fort dangereux : car l'appât d'un gros héritage solliciterait peut-être trop énergiquement l'héritier présomptif à céder aux mouvements de colère que lui causerait une provocation de la part de celui dont il attend la succession (1).

Quelle est la seconde cause d'indignité ?

52. — 2° « *L'héritier qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse.* »

Que faut-il entendre par *accusation* ?

Accusation... Il ne faut pas prendre ce mot à la lettre. En droit romain, un simple particulier pouvait se porter *accusateur* et poursuivre lui-même la punition de la personne qui s'était rendue coupable d'un crime ; mais cette faculté n'appartient, dans notre droit, qu'aux magistrats du ministère public. La loi, dans l'article 727, a voulu parler d'une *plainte* ou d'une *dénonciation* faite par l'habile à succéder. La *plainte* émane de la personne qui a été victime d'un crime. La *dénonciation* est la déclaration d'un crime faite aux magistrats par une personne qui en a connaissance, mais qui n'en a point souffert (Code d'instr. crim., art. 30).

Qu'est-ce qu'une accusation *capitale* ?

Capitale... Le crime déclaré à la justice est tel que son auteur peut être condamné à une peine emportant la mort civile, c'est-à-dire à la mort naturelle, aux travaux forcés à perpétuité, à la déportation (2).

Suffit-il qu'elle soit calomnieuse ?

Jugée calomnieuse... Ainsi, il ne suffit pas qu'*elle soit calomnieuse* ; il faut que l'héritier qui l'a portée soit *condamné comme calomniateur*. Si donc le *de cujus*, après avoir été acquitté, n'a pas poursuivi en calomnie l'héritier dénonciateur, celui-ci ne pourra pas être écarté comme indigne.

Quelle est la troisième cause d'indignité ?

53. — 3° « *L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé à la justice.* »

Héritier majeur... L'héritier majeur, instruit du *meurtre* du *de cujus*, doit, sous peine d'indignité, le déclarer à la justice. La loi ne distingue pas si c'est *avant* ou *après* sa majorité, si c'est avant ou après l'ouverture de la succession, qu'il a eu connaissance du meurtre : dans tous les cas, il est coupable s'il garde le silence.

(1) MM. Val.; Dem., sur l'art. 727; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 71; Demol., n° 232. — *Contra*, MM. Dur., t. VI, n° 95; Marc., sur l'art. 727; Duc., Bonn. et Roust., même article.

(2) Avant l'abolition de la *mort civile* (loi du 31 mai 1854), les peines de la déportation et des travaux forcés à perpétuité étaient certainement *capitales*. Elles n'ont plus ce caractère aujourd'hui, puisqu'elles n'entraînent plus la mort civile ; mais, comme à l'époque de la rédaction de l'art. 727, la loi visait par sa disposition la dénonciation d'un crime pouvant entraîner une condamnation soit à la mort naturelle, soit à la déportation ou aux travaux forcés à perpétuité, il est bon, si je ne me trompe, de lui conserver le sens qu'elle avait alors.

Du meurtre du DE CUJUS... Ainsi, il suffit qu'il dénonce le *meurtre ;* il n'est pas nécessaire qu'il dénonce le *meurtrier*.

La loi ne dit pas dans quel délai la dénonciation doit être faite; elle s'en rapporte, à cet égard, à la prudence des juges, qui auront à apprécier si l'héritier a été réellement indifférent et coupable de négligence.

Art. 728.

La non-dénonciation du meurtre du *de cujus* est-elle toujours une cause d'indignité ?

54. — La non-dénonciation du meurtre du *de cujus* n'est pas une cause d'indignité, lorsque le meurtrier est l'*ascendant* ou le *descendant*, le *conjoint*, le *frère* ou la *sœur*, l'*oncle* ou le *neveu*, la *tante* ou la *nièce* de l'héritier.

Quid, si le meurtrier du *de cujus* est l'*allié*, à titre de frère ou sœur, d'oncle ou tante, de neveu ou nièce, de l'héritier ?

La même exception est applicable au cas où le meurtrier est, à titre d'*ascendant* ou de *descendant*, l'*allié* de l'héritier. L'est-elle également, au cas où il n'est son allié qu'à titre de *frère* ou de *sœur*, d'*oncle* ou de *tante*, de *neveu* ou de *nièce* ? A ne considérer que les termes de l'art. 728, la négative n'est pas douteuse : car les mots *alliés au même degré* viennent immédiatement après les mots *ascendants* et *descendants*, sans se référer aux autres personnes désignées dans l'article. Mais l'historique de la rédaction de cet article nous montre clairement qu'il ne faut pas le prendre à la lettre. La première rédaction portait : *alliés en ligne directe*. Ces mots, qui ne pouvaient s'appliquer qu'aux alliés à titre d'*ascendants* ou de *descendants*, devaient naturellement être placés après les mots *ascendants* ou *descendants*, et c'est aussi la place qu'ils occupaient. Plus tard il fut décidé, sur la proposition du Tribunat, que la disposition comprendrait, non-seulement les alliés en ligne *directe*, mais aussi les alliés *collatéraux*. Ce membre de phrase, « alliés en ligne directe, » fut en conséquence remplacé par la formule : *alliés au même degré*. Les mots *alliés au même degré* devaient dès lors venir après l'énumération des collatéraux compris dans la disposition, et c'est aussi la place qui leur avait été assignée ; mais, par une erreur du copiste, ils conservèrent la place qu'ils occupaient dans la première rédaction. Ce qui fait d'ailleurs toucher du doigt l'erreur du codificateur, c'est que, placés où ils sont, les mots *au même degré* n'ont aucun sens. En effet, le défaut de dénonciation du meurtre du *de cujus* étant excusable toutes les fois que le meurtrier est, *à quelque degré que ce soit*, l'ascendant ou le descendant de l'héritier, il est évidemment inutile de parler des *degrés* des alliés en ligne directe.

Quels sont les motifs de l'exception dont il vient d'être parlé ?

55. — Rien n'est plus sage, plus équitable, que l'exception que nous venons d'étudier. L'héritier qui sait que le meurtrier (1) est son proche parent ou son proche allié a un juste motif de garder le silence. La loi ne pouvait pas exiger de lui qu'il compromît la vie de l'un des siens, l'honneur de sa famille, en éveillant, par une dénonciation du meurtre, l'attention de la justice.

(1) Que décider s'il est constant ou prouvé qu'il a cru, mais à tort, que le meurtrier était son ascendant ou son descendant? En fait, il n'est pas coupable : partant, point d'indignité.

Toutefois, le but que s'est proposé la loi ne sera pas toujours atteint : car, s'il est établi que l'héritier avait connaissance du meurtre du défunt et qu'il ne l'a pas dénoncé à la justice, il succombera nécessairement, à moins qu'il ne justifie de l'exception introduite dans son intérêt, en établissant que le meurtrier est son ascendant ou son descendant, son frère ou sa sœur... La prévoyance du législateur est donc en défaut, puisque, pour échapper à l'indignité, l'héritier est précisément obligé de dénoncer son parent, ce qui est bien plus grave encore qu'une simple dénonciation du meurtre. — Il faut supposer, pour comprendre l'utilité de cette exception, que le meurtrier a été condamné, ou qu'il est déjà sous la main de la justice, quand l'héritier est poursuivi comme indigne.

L'héritier en profitera-t-il toujours ?

Quand en profitera-t-il?

56. — Un héritier a été déclaré indigne; postérieurement au jugement qui le condamne, on découvre que le meurtrier était son ascendant : son silence étant alors expliqué et justifié, peut-il se faire relever de l'indignité? Il le peut sans doute par la voie de l'appel, si le jugement d'indignité ne lui a pas été signifié, ou si les délais d'appel ne sont point encore expirés. Dans le cas contraire, tout est irrévocablement consommé. Cependant, s'il pouvait établir que ceux qui l'ont fait déclarer indigne ont agi de mauvaise foi, qu'ils connaissaient les motifs légitimes de son silence, ne pourrait-il pas attaquer le jugement par la voie de la requête civile? Sans aucun doute : car la poursuite qui a été dirigée contre lui était entachée de dol, et le dol est le premier cas donnant ouverture à la requête civile (art. 480, C. pr.).

Quid si, l'héritier s'étant laissé condamner comme indigne, afin de ne pas compromettre son parent, on découvre ensuite que ce dernier était le meurtrier du *de cujus*?

57. — Les causes d'indignité peuvent être invoquées contre l'héritier, lors même qu'il rapporte la preuve que le *de cujus* lui avait *pardonné* : l'ordre public est, en effet, intéressé à ce qu'un héritier ne puisse pas recevoir de quelqu'un le droit d'acquérir une succession dont la loi le déclare indigne.

La personne offensée ne peut pas, en pardonnant à son parent coupable, effacer la cause d'indignité.

58. — Il existe cependant un cas où la cause d'indignité dépend de la volonté de celui qui a reçu l'offense. Je fais allusion au n° 2 de l'art. 727. Nous avons vu, en effet, que, si l'accusé qui a été reconnu innocent ne fait pas condamner comme calomniateur le parent par lequel il a été dénoncé, celui-ci n'est pas en état d'indignité. L'offensé peut donc, soit en renonçant expressément à son action en calomnie, soit en laissant écouler les délais qui lui sont accordés pour l'exercer, empêcher son héritier présomptif de se trouver dans un des cas d'indignité prévus par la loi. Mais, s'il le fait condamner comme calomniateur, il est alors impuissant à le relever de l'indignité dont la loi le frappe. — Au reste, il est bien entendu que, dans tous les cas, la personne offensée reste libre de laisser, par testament, tout ou partie de ses biens à celui que la loi exclut de sa succession *ab intestat*.

Ne le peut-elle pas dans un certain cas?

59. — II. *Des personnes qui ont qualité pour faire prononcer l'indignité.* — Ont qualité à cet effet tous ceux qui ont intérêt à ce que l'indigne ne garde pas la succession, c'est-à-dire ses cohéri-

Quelles personnes ont qualité pour faire prononcer l'indignité?

tiers, dont la part sera plus grosse s'il est exclu; à défaut de cohéritiers, les héritiers du degré subséquent ou d'un ordre inférieur : car, s'il est exclu, ils succéderont à sa place. Lorsqu'il est héritier *réservataire*, les donataires et légataires peuvent également le faire exclure, afin de conserver intact ce qui leur a été donné ou légué par le défunt.

L'action en indignité peut-elle être exercée par les *créanciers* de ceux auxquels elle appartient?

60. — L'action en indignité ne peut pas, selon l'opinion générale, être exercée par les créanciers de celui à qui elle appartient. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1166, les créanciers peuvent exercer, du chef de leur débiteur, les droits qui lui compètent. Mais le même article excepte de cette faculté les droits *qui sont attachés à la personne;* or, dit-on, l'action en indignité est précisément de cette nature. Ce n'est pas dans un but d'intérêt pécuniaire qu'elle a été organisée; c'est un droit qui se rattache à la constitution de la famille, et qui, par conséquent, est *personnel* au parent du *de cujus*.

Je n'admets point ce système. Si l'action en indignité était *un droit de famille*, la loi ne l'accorderait qu'aux héritiers légitimes de la personne offensée; or, personne ne doute que ce droit n'appartienne à tous ceux qui profitent directement de l'exclusion de l'indigne, et, par conséquent, aux donataires ou légataires du défunt, lorsque l'héritier coupable est *réservataire*. Ce n'est point d'ailleurs dans l'intérêt de la personne offensée, ni non plus dans l'intérêt de ses héritiers, que la loi a organisé la théorie de l'indignité; elle a eu un but plus élevé : elle a voulu protéger la morale et l'ordre public. Aussi la voit-on refuser à la personne offensée le droit de pardon. Ce serait donc se mettre en opposition avec le but qu'elle s'est proposé que d'apporter un obstacle quelconque à l'exercice de l'action en indignité : plus on étend le nombre des personnes capables de poursuivre le coupable, plus on entre dans ses vues.

A partir de quel moment l'indignité est-elle encourue?

Peut-elle être prononcée du vivant de la personne offensée?

61. — III. *Du moment à partir duquel l'indignité est encourue.* — Il faut ici poser deux principes :

1° Ceux-là seulement peuvent être déclarés indignes qui ont été saisis de la succession : car l'indignité est une *exclusion* de la succession acquise, une *résolution de la saisine*. De là il suit que le coupable ne peut pas être déclaré indigne *du vivant de la personne offensée*.

Si l'héritier coupable meurt avant que l'action en indignité ait été intentée, l'action n'est-elle pas alors éteinte?

2° L'indignité ne peut être demandée que contre un héritier *vivant :* car l'indignité est une peine, et toute action pénale s'éteint par la mort du coupable (art. 2, C. d'instr. crim., argum.). De là il suit que, si le coupable, devenu héritier de la personne offensée, meurt avant que son indignité n'ait été poursuivie, l'action en indignité est éteinte : l'héritier n'a jamais été indigne.

Quid, s'il meurt *pendente lite?*

Ainsi, l'indignité ne peut être demandée que contre le parent coupable qui a *survécu* au *de cujus* et qui est encore *vivant*.

Mais la demande déjà formée contre lui s'éteint-elle par sa mort? La négative est généralement admise. Il s'agit ici, dit-on,

d'une peine *civile* ou *pécuniaire*, et, en cette matière, l'action *commencée* contre le coupable peut être *continuée* contre ses héritiers. Tel est, ajoute-t-on, le système consacré par l'art. 957 dans une hypothèse analogue. — Ce n'est pas mon avis. Toute action *pénale*, qu'elle soit commencée ou non, quelle que soit aussi la nature de la peine qu'elle a pour objet, s'éteint par la mort du coupable. C'est ce que je démontrerai plus amplement, lorsque j'expliquerai l'art. 957 (1).

62. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que, lorsque l'héritier a été condamné à mort pour avoir tué le *de cujus*, ceux qui ont droit de le faire exclure de la succession doivent se hâter d'exercer leur action : car, s'il est exécuté avant qu'on ait obtenu contre lui un jugement d'indignité, il transmet la succession à ses propres héritiers.

Quel tribunal prononce l'indignité?

63. — Ainsi, l'indignité n'a pas lieu de plein droit. L'exclusion de la succession résulte d'une cause d'indignité constatée et appréciée par la justice : jusque-là, l'héritier coupable reste saisi. Cette constatation est faite, sur la demande des parties intéressées, par un tribunal *civil* : car l'indignité est une peine purement *civile* (2).

Art. 729.

Quel est l'effet de l'indignité entre l'héritier exclu et ceux qui l'ont fait exclure?

64. — IV. *Des effets de l'indignité entre l'héritier exclu et ceux qui ont provoqué et obtenu son exclusion.* — L'indignité anéantit la saisine. Elle l'anéantit, non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé : *l'indigne est réputé n'avoir jamais été héritier*. De là plusieurs conséquences.

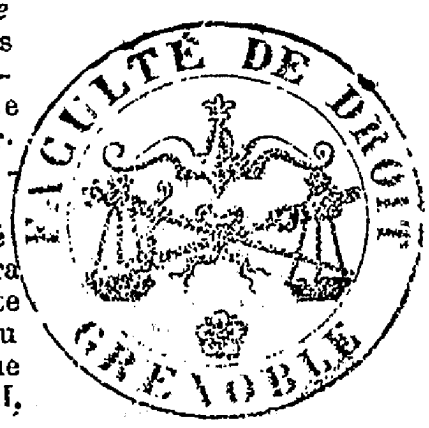
65. — 1° L'indigne doit restituer, à ceux qui succèdent par suite de son exclusion, tous les biens dont il a été investi, ainsi que les fruits naturels et civils qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession.

Si la cause d'indignité est *postérieure* au décès du *de cujus*, l'héritier indigne est-il comptable des fruits qu'il a perçus depuis le jour de l'ouverture

Remarquons qu'il est comptable des fruits ou revenus à partir du jour où il a été saisi, *lors même que la cause de son indignité est postérieure au décès du* DE CUJUS. Ainsi l'héritier qui découvre, un an ou deux après l'ouverture de la succession, que le *de cujus* est mort empoisonné et qui n'en informe pas la justice, cet héritier

(1) La demande en indignité peut être, suivant M. Demolombe (n° 279), non-seulement *continuée*, mais même *intentée* pour la première fois, contre les héritiers de l'indigne décédé. — Dans le même sens, M. Bauby, *Rev. crit. de législ.*, 1855, p. 481 ; M. Hureaux, même *Revue*, t. 25, p. 341 et suiv. — Ces auteurs pensent que la perte de la succession, pour cause d'indignité, constitue, non point, à proprement parler, une *peine*, mais une simple déchéance civile, ce qui ne permet point d'invoquer, en la cause, l'art. 2 du C. d'instr. crim. Quant à l'art. 957 du C. Nap., que j'invoque par analogie, ils le retournent contre moi, par l'argument *à contrario*.

(2) Toutefois nous croyons, avec M. Demante, « qu'au cas où l'indignité devra se baser sur une condamnation (art. 727, 1°), et où la succession sera déjà ouverte au moment de l'exercice de l'action publique tendant à cette condamnation, l'action en exclusion pourra, comme l'action en réparation du dommage, être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, aux termes de l'art. 3 du Code d'instr. crim. » (T. III, n° 37 *bis*.)



de la succession, mais avant qu'il ne fût coupable?

doit restituer, non-seulement les fruits qu'il a perçus depuis qu'il a eu connaissance du meurtre, mais encore ceux qu'il a perçus antérieurement.

Pourtant, dit-on, l'héritier n'a pas été coupable, il a possédé de bonne foi, depuis l'ouverture de la succession jusqu'au jour où il a eu connaissance du meurtre du défunt : dès lors il a dû faire les fruits siens jusqu'à cette époque. Pourquoi, en effet, ne pas le traiter comme un possesseur ordinaire qui a été de bonne foi d'abord et qui ensuite a cessé de l'être? — Je réponds que les deux espèces ne sont pas identiques. Le tiers qui possède de bonne foi ne met pas en réserve les fruits qu'il perçoit : il les consomme au jour le jour; or, s'il était obligé de restituer les fruits qu'il a perçus pendant qu'il était de bonne foi, la masse à restituer serait souvent si considérable qu'il ne pourrait pas, sans éprouver un grand préjudice, faire cette restitution. Une telle obligation serait extrêmement dure, car ce n'est pas lui qui s'est fait la position dans laquelle il se trouve : il n'a eu aucun moyen de s'y soustraire. L'indigne, au contraire, ne peut pas se plaindre si on l'oblige à rendre tous les fruits qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession: car, s'il est obligé de faire cette restitution, *c'est qu'il l'a bien voulu.* La loi lui offrait, en effet, un moyen de tout conserver, capital et revenus : il n'avait qu'à *dénoncer à la justice le meurtre du défunt.* Il n'a pas satisfait à ce devoir de famille : la loi le punit, en ne lui laissant aucune portion des biens du parent dont il a trahi la mémoire.

Quel est l'effet de l'indignité, soit quant aux dettes dont l'indigne était tenu envers le défunt, ou réciproquement, soit quant aux servitudes qu'il avait sur les fonds du défunt, ou réciproquement?

2° Toutes les dettes dont le défunt était tenu envers l'indigne, ou dont l'indigne était tenu envers le défunt, toutes les hypothèques et servitudes que l'indigne avait sur les biens du défunt ou que le défunt avait sur les biens de l'indigne, revivent activement ou passivement, pour ou contre l'héritier exclu. Ces droits actifs et passifs s'étaient éteints par confusion, conformément au principe qu'on ne peut être créancier de soi-même (art. 1300), ni avoir une servitude sur sa propre chose (art. 617 et 705); mais, l'indigne étant réputé n'avoir jamais été héritier, cette extinction est réputée elle-même n'avoir jamais existé (art. 2177, arg.).

Quels sont les effets de l'indignité à l'égard des tiers?

66. — V. *Des effets de l'indignité à l'égard des tiers.* — Elle anéantit la saisine pour l'avenir et la laisse subsister pour le passé.

Elle anéantit la saisine pour l'avenir... Ainsi, dès que l'indignité est prononcée, l'indigne cesse d'être héritier à l'égard des tiers. De là il suit :

L'héritier déclaré indigne a-t-il qualité pour poursuivre les débiteurs ou pour répondre aux poursuites des créanciers de la succession?

1° Qu'il n'a plus qualité pour poursuivre les débiteurs du défunt ou les détenteurs des biens héréditaires : ces débiteurs ou détenteurs ne sont pas tenus de discuter avec lui. Ils ne le doivent même pas : car ce qui serait jugé contre lui ne le serait pas contre ceux qui ont fait prononcer l'indignité.

Les paiements faits entre ses mains sont-ils valables?

2° Que les paiements qu'il reçoit en qualité d'héritier sont nuls. Ainsi, les débiteurs qui paient entre ses mains paient mal : ils

continuent d'être débiteurs envers ceux qui succèdent à sa place, sauf leur recours contre lui.

Quid des aliénations ou hypothèques qu'il a consenties?

3° Que les ventes qu'il passe des biens héréditaires, que les hypothèques ou servitudes qu'il constitue sur eux, sont nulles. — Toutefois l'acheteur de bonne foi d'un meuble individuel de la succession ne peut pas, s'il a été mis en possession, être évincé par ceux qui prennent la place de l'indigne : *En fait de meubles, la possession vaut titre* (voy. l'explic. de l'art. 2279).

Les aliénations ou autres actes qu'il a passés avec des tiers de bonne foi avant le jugement d'indignité sont-ils valables?

67. — *Elle la laisse subsister dans le passé*... Ainsi, l'héritier *indigne* est réputé avoir été réellement héritier, propriétaire des biens de la succession, depuis le jour où elle s'est ouverte jusqu'au jour où il a été déclaré indigne. Et, en effet, l'indignité est la punition d'une faute; c'est *à titre de peine* que l'indignité rescinde l'acquisition des biens de la succession. Or, lorsqu'un droit acquis est rescindé à ce titre, il n'est pas anéanti *dans le passé* : il ne cesse que *pour l'avenir*. Autrement, la rétroactivité de la rescision aurait pour conséquence de faire tomber les droits légitimement acquis par les tiers qui ont traité avec le coupable, ou, en d'autres termes, de punir ceux qui n'ont rien à se reprocher. La loi ne peut et ne doit sévir que contre les *coupables;* toute peine est personnelle comme la faute qu'elle punit. Que l'indigne ne retire de la succession aucun profit, rien de plus juste; mais les tiers qui ont traité avec lui, pendant qu'il était réellement saisi et propriétaire, ne doivent pas souffrir de sa faute, et ce serait la faire rejaillir sur eux que d'invalider les aliénations, les hypothèques, les baux et locations qu'il a consentis. Ainsi, les actes qu'ils ont de bonne foi faits avec lui *avant le jugement d'indignité* sont maintenus, sauf aux héritiers qui succèdent à sa place à recourir contre lui. L'art. 958 fournit à l'appui de ce système un argument décisif (1).

Art. 730.

La faute de l'indigne nuit-elle à ses enfants?

68. — VI. *Des effets de l'indignité à l'égard des enfants de l'indigne.* — « Les enfants de l'indigne, venant à la succession *de leur chef* « et sans le secours de la *représentation*, ne sont pas exclus pour « la faute de leur père. »

Leur nuit-elle quand ils sont appelés *de leur chef?*

« Les enfants *appelés de leur chef* ne sont pas exclus pour la faute « de leur père... » Ce cas ne présente aucune difficulté. Soient deux fils, *Primus* et *Secundus; Primus* renonce à la succession du père commun; *Secundus* est alors investi, par l'effet du droit d'accroissement, de la succession tout entière (art. 786). Maintenant, qu'on suppose que les enfants de l'héritier renonçant, de *Primus*, font exclure *Secundus* pour cause d'indignité : la succession leur sera-t-elle exclusivement attribuée? Non! les enfants de l'indigne concourront avec eux : car ils sont, comme eux, descendants du *de cu-*

(1) MM. Dur., t. VI, n° 126; Val.; Dem., t. III, n° 38 *bis*, IV; Marc., art. 729; Aubry et Rau sur Zach., t. V, p. 75. — *Contra*, M. Demol. (t. Ier, nos 310 à 314). Cet auteur applique aux actes passés par l'indigne la théorie qu'il a exposée relativement aux actes passés par l'héritier apparent, dans l'hypothèse prévue par l'art. 136. (Voy., à notre t. Ier, les nos 493 et suiv.)

jus, et, comme eux, parents au deuxième degré. La faute de leur père ne peut pas leur nuire, puisqu'ils n'empruntent ni son degré ni ses droits; ils se présentent de leur chef, en vertu d'un droit qui leur est propre (art. 745, 2e alinéa).

Peuvent-ils le *représenter?*

69. — « *Les enfants de l'indigne sont, au contraire, exclus de la succession, quand pour y prétendre ils sont obligés d'invoquer le secours de la représentation...* » — Soient deux fils, *Primus* et *Secundus*; *Secundus* est, sur la requête de *Primus*, écarté comme indigne. Les enfants de *Secundus* ne peuvent pas, *de leur chef*, succéder en concours avec leur oncle *Primus*: car ils sont au deuxième degré, tandis que *Primus* est au premier. Mais peuvent-ils concourir avec lui, *au moyen de la représentation?* Ils ne le peuvent pas : car, dans l'espèce, leur père, quoique indigne, occupant réellement son degré dans la famille, il ne leur est point possible de se placer dans son degré qui n'est pas vacant. Leur père est vivant, et, aux termes de l'art. 744, on ne représente que les personnes décédées *avant* le *de cujus* (voy. le n° 89).

Pourquoi ne le peuvent-ils pas?

Sur ce point, tout le monde est d'accord. Seulement, on fait observer que, si, dans l'espèce, les enfants ne peuvent point représenter leur père, ce n'est pas parce qu'il est *indigne*, mais c'est parce qu'il est *vivant*, parce qu'il occupe son degré dans la famille.

Le parent coupable, mort avant la personne offensée, peut-il être représenté par ses enfants?

Changeons donc l'espèce. *Secundus* a porté contre son père une accusation capitale jugée calomnieuse...; ou il a tenté de lui donner la mort, et il a été condamné comme meurtrier... *Secundus* meurt, et son père, qui décède quelques jours après, laisse pour parents un fils, *Primus*, et les enfants de son fils coupable et prédécédé : ceux-ci peuvent-ils représenter leur père? L'affirmative ne serait pas douteuse, si nous ne consultions que les règles ordinaires de la représentation : dans l'espèce, en effet, leur père étant mort avant le *de cujus*, son degré étant vacant, rien ne s'opposerait à la représentation. Mais, comme, aux termes de l'art. 730, *l'indigne ne peut pas être représenté par ses enfants*, il semble que la représentation n'est pas possible.

On l'admet cependant. Selon l'opinion générale, l'art. 730 ne prévoit pas le cas où le *coupable* est mort *avant* le *de cujus*. L'article 730 le suppose *survivant*, puisqu'il le suppose *indigne* : ceux-là seuls, en effet, peuvent être déclarés indignes, qui ont *acquis* la succession (voy. les nos 47 et 61). Et ce qui prouve bien que, dans l'hypothèse prévue par la loi, *Secundus* est *vivant*, c'est qu'on prend soin de lui refuser formellement le droit de jouissance légale que les pères et mères ont sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans.

Ces mots : « les enfants de l'*indigne* sont exclus, quand, pour succéder, ils ont besoin de représenter leur père, » ces mots doivent donc être ainsi entendus : les enfants de l'indigne ne peuvent pas le représenter, *parce qu'il est vivant*, parce que, tout indigne qu'il est, il occupe réellement son degré dans la famille. Mais, si le coupable est mort avant le *de cujus*, son degré étant vacant, rien

n'empêche ses enfants, qui sont innocents, de l'occuper. Leur père n'a *jamais été indigne :* car l'indignité suppose l'investiture de la succession, et, dans l'espèce, le coupable, étant mort avant le *de cujus*, n'a pas été appelé à lui succéder. La représentation est donc possible, puisque l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placés n'est régie ni par l'art. 730 ni par l'art. 744.

70. — On fait contre ce système trois objections :

1° Aux termes de l'art. 744, on ne représente pas les personnes vivantes. Donc l'art. 730 entend parler d'une personne décédée avant le *de cujus*. Autrement, sa disposition serait complétement inutile, puisqu'elle ne serait qu'une application du principe général.

Cette objection n'est rien moins que décisive. Il est bien vrai que l'art. 730 n'est qu'une application du principe général posé dans l'art. 744; mais faut-il s'en étonner? La question qui nous occupe ayant été controversée dans l'ancien droit, les rédacteurs du Code ont dû naturellement s'expliquer sur ce point. Ils ont cru d'ailleurs qu'ils devaient expressément limiter le principe que *la faute du père ne nuit point aux enfants*, dans la crainte que, par exagération de ce principe, on ne vînt à soutenir qu'un héritier indigne peut être, *quoique vivant*, représenté par ses enfants. — Au reste, fût-il vrai que la disposition de l'art. 730 est inutile, il n'en faudrait rien conclure : car la loi fait souvent elle-même, à des cas particuliers, l'application des règles qu'elle a déjà établies ou qu'elle se propose d'établir. En veut-on la preuve? Aux termes de l'art. 787, les héritiers *renonçants* ne peuvent pas être représentés ; or, n'est-ce pas l'application pure et simple du principe consacré par l'art. 744, à savoir, qu'on ne représente point les personnes *vivantes?*

2° Le représentant ne peut succéder qu'en invoquant les droits qu'aurait eus le représenté s'il eût survécu au *de cujus* (art. 739) ; or, dans l'espèce, si le coupable eût survécu, il n'aurait eu aucun droit à la succession : donc il ne peut pas être représenté.

La réponse est facile. Le coupable, s'il eût survécu, aurait eu *des droits* à la succession : il eût été investi, sauf ensuite à en être dépouillé à cause de sa faute. Ses enfants invoquent les droits qu'il aurait eus ; et ces droits, ils les conservent, parce que la faute de leur père ne leur nuit point.

3° Aux termes de l'art. 848, les petits-enfants qui succèdent en représentant leur père sont tenus de rapporter à la succession les choses que leur père avait reçues du défunt à titre de libéralité : de même que les représentants succèdent aux droits qu'aurait eus le représenté s'il eût survécu, de même ils succèdent à ses obligations. Or, s'ils doivent subir les résolutions qu'aurait subies le représenté, ils doivent aussi, par une conséquence naturelle, perdre la succession que le représenté lui-même n'aurait pas pu conserver.

On répond : Oui, les représentants doivent subir les résolutions qu'aurait subies le représenté, s'il eût survécu au *de cujus ;* mais il

faut excepter de cette décision les résolutions qu'il n'aurait subies qu'*à titre de* PEINE (1).

Quelles différences y a-t il entre une personne incapable de succéder et un héritier coupable contre lequel l'indignité n'a pas encore été prononcée?

71. — VII. *Différences entre une personne* INCAPABLE *de succéder et un héritier coupable contre lequel l'indignité n'a pas encore été prononcée.* — 1° L'héritier qui n'est pas encore, mais qui peut être, déclaré indigne, est assimilé à un possesseur *de mauvaise foi*, et il est traité comme tel, même pour le temps pendant lequel il n'était pas coupable (voy. le n° 65). L'incapable, au contraire, peut être de bonne foi. De là toutes les différences que la loi établit entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi (art. 549, 555, et par analogie les art. 1378 et 1380).

2° L'héritier contre lequel l'indignité n'a pas encore été prononcée est réellement héritier saisi, et, à ce titre, investi de tous les droits actifs et passifs du *de cujus*. Il peut donc actionner les débiteurs du défunt et les détenteurs des choses héréditaires. Tout ce qui est jugé pour ou contre lui est jugé pour ou contre ceux qui succéderont à sa place, en l'excluant comme indigne. Les ventes qu'il passe, les hypothèques ou servitudes qu'il constitue, les transactions qu'il fait, sont valables (voy. le n° 67). — L'incapable, au contraire, n'est pas saisi, il n'est pas héritier. Ainsi il n'a pas qualité pour poursuivre les débiteurs du défunt ou les détenteurs de choses héréditaires. Les tiers poursuivis peuvent lui répondre : « Vous n'avez pas qualité pour agir ; nous ne vous reconnaissons pas pour adversaire. » S'il est poursuivi comme héritier, il n'a pas qualité pour défendre ; et, s'il défend, soit parce qu'il est de mauvaise foi, soit parce qu'il ignore son incapacité, ce qui est jugé contre lui ne l'est point contre l'héritier qui plus tard justifie de son droit à la succession. Les aliénations qu'il consent, les hypothèques ou servitudes qu'il constitue, sont consenties et constituées

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 40; Dur., VI, n° 131; Dem., su l'art. 730; Marc., id.; Duc., Bonn., Roust., id.; Demol., n° 202.

— Le système contraire à celui que je viens d'exposer peut, ce me semble, être soutenu, mais par d'autres arguments que ceux que j'ai fait connaître.

Aux termes de l'art. 730, la faute du père ne nuit point aux enfants, lorsqu'ils peuvent succéder de leur chef et sans le secours de la représentation. Il y a donc, d'après le texte même, un cas où la faute du père va leur nuire! Or, quel peut être ce cas? Évidemment c'est celui où les enfants prétendent à la succession en qualité de *représentants* de leur père.

Dans le système contraire, la faute du père *ne nuit jamais* aux enfants; or ce résultat est démenti par le texte même de la loi.

J'ajoute que M. Siméon disait formellement, au Conseil d'État, que l'indignité ne nuit point aux enfants lorsqu'ils peuvent arriver à la succession, de leur chef et sans représenter l'*odieuse tête* de leur père. Ce n'est donc point parce que leur père est *vivant* qu'on leur refuse le droit de le représenter; on le leur refuse afin qu'ils ne représentent pas sa tête *odieuse*. Dès lors, qu'importe que leur père soit mort ou vivant? Dans l'un comme dans l'autre cas, sa tête odieuse ne peut pas être représentée!

Quant à l'argument tiré du mot *indigne*, je n'en suis pas touché. Le sens de ce mot n'est pas, en effet, légalement déterminé; et ce qui le prouve, c'est que les anciens auteurs l'appliquaient tantôt à l'héritier réellement exclu de la succession pour cause d'indignité, tantôt au parent coupable.

à non domino, et sont, par conséquent, nulles. Tous les actes qu'il a faits sont anéantis dès que son incapacité est constatée.

La règle que les actes faits par un incapable sont nuls est-elle absolue ?

J'en excepte toutefois : 1° les paiements que les débiteurs héréditaires ont faits de bonne foi entre ses mains (voy. le n° 1336) ; 2° les aliénations des meubles corporels, si les acquéreurs sont de bonne foi et s'ils ont été mis en possession (art. 2279).

CHAPITRE III. — DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION.

SECTION I. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Art. 735 à 738.

Quelles conditions sont nécessaires pour succéder en qualité d'héritier légitime ?

72. — Deux conditions sont requises pour succéder en qualité d'héritier légitime. Il faut : 1° avoir la capacité générale de succéder (art. 725) ; 2° être parent du *de cujus*, dans l'ordre et au degré que la loi établit pour les successions.

Qu'est-ce que la parenté ?

73. — La *parenté* est le lien qui existe entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, ou qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent d'un auteur commun.

Qu'entend-on par *ligne* ? Combien y en a-t-il d'espèces ? Qu'est-ce que la ligne *directe* ? la ligne *collatérale* ?

La *ligne* est le lien qui rattache les uns aux autres les membres d'une même famille. La ligne est *directe* ou *collatérale* : la première comprend les personnes qui descendent l'une de l'autre ; la deuxième celles qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent d'un auteur commun.

La ligne directe des ascendants ou des descendants ?

La ligne directe est *descendante* ou *ascendante* : la première est celle qui lie le chef de la famille avec ceux qui descendent de lui ; la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend.

Comment s'établit la proximité de parenté ?

La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations qui séparent un parent de l'autre ; le nombre de ces générations s'appelle *degré*.

Qu'est-ce qu'un degré ?

Comment les compte-t-on ?

Il y a, en ligne directe, autant de *degrés* qu'il y a de générations entre les personnes. Ainsi, le fils est au premier degré à l'égard de son père ; le petit-fils, au second degré à l'égard de son grand-père.

En ligne collatérale, les degrés se comptent également par les générations, depuis l'un des collatéraux jusque et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre collatéral. Ainsi, deux frères sont au second degré : car il faut deux générations pour former la parenté qui est entre eux. L'oncle et le neveu sont au troisième degré : car il faut trois générations pour former cette parenté, deux pour monter de la personne du neveu à l'auteur commun, et une pour descendre de l'auteur commun jusqu'à l'oncle. Deux cousins germains sont au quatrième degré : car il faut quatre générations pour former cette parenté, deux pour monter de l'un des cousins à l'auteur commun, et deux pour descendre de l'auteur commun jusqu'à l'autre cousin.

74. — Les parents sont *paternels* ou *maternels*, ou tout à la fois *paternels et maternels*.

Quels sont nos parents *paternels*?

Nos parents *paternels* sont : notre père d'abord, et tous les parents (*paternels* ou *maternels*) de notre père. Ainsi, j'ai pour parents paternels, non pas seulement les parents paternels de mon père, mais aussi tous ses parents maternels.

Quels sont nos parents *maternels*?

Nos parents *maternels* sont : notre mère d'abord, et tous les parents (*paternels* ou *maternels*) de notre mère. Ainsi, tous les parents de ma mère, même ses parents paternels, sont mes parents maternels.

Entre deux personnes, le rapport de parenté ne peut-il pas être différent?

Entre deux personnes, le rapport de parenté peut n'être pas le même pour l'une et pour l'autre : l'une peut être parente *paternelle* de l'autre, et celle-ci parente *maternelle* de la première. Ainsi, le fils de ma tante paternelle (c'est-à-dire de la sœur de mon père) est mon cousin paternel : car il est le parent (le neveu) de mon père. Je suis, au contraire, son cousin maternel : car je suis le parent (le neveu) de sa mère.

Quels sont ceux qui sont à la fois nos parents *paternels et maternels*?

Nos parents *paternels et maternels* sont ceux qui, tout à la fois, sont parents de notre père et parents de notre mère. Ainsi, lorsqu'un oncle épouse sa nièce, l'enfant né de ce mariage a pour parents paternels et maternels tous ceux qui sont parents de son père ou de sa mère, par exemple, les frères et sœurs de sa mère : car ils sont en même temps les neveux ou nièces de son père.

Quels sont ceux qui sont entre eux parents *consanguins*, parents *utérins*, parents *germains*?

75. — On nomme *consanguins* les parents paternels, *utérins* les parents maternels, *germains* les parents qui sont en même temps parents paternels et parents maternels. Ainsi, sont frères *consanguins* les enfants qui, nés du même père, ont chacun une mère différente ; *utérins*, les enfants qui, nés de la même mère, ont chacun un père différent ; *germains*, les enfants nés du même père et de la même mère.

Qu'entend-on par *ordres de succession*?

76. — La loi divise les parents en plusieurs catégories ou ordres. On appelle *ordres de succession* les différentes classes de parents que la loi désigne hiérarchiquement comme héritiers.

Art. 731.

Le Code distingue trois ordres de succession : 1° l'ordre des descendants ; 2° l'ordre des ascendants ; 3° l'ordre des collatéraux.

Combien le Code distingue-t-il d'ordres de succession?

L'ordre des ascendants ne se subdivise-t-il point?

L'ordre des ascendants se subdivise : on distingue les ascendants ayant la qualité de *père* ou *mère*, et les ascendants autres que père ou mère. Les premiers sont *privilégiés*, en ce sens que la loi leur accorde deux avantages que n'ont pas les autres : 1° Les *père* et *mère* du *de cujus* concourent avec ses frères et sœurs ou descendants d'eux (art. 748) ; les ascendants autres que père et mère sont, au contraire, exclus par les frères et sœurs ou descendants d'eux (art. 750). 2° Le père, en concours avec les collatéraux de la ligne maternelle, ou la mère, en concours avec les collatéraux de la ligne paternelle, enlève un tiers en usufruit de la portion attribuée aux collatéraux (art. 754) ; les ascendants autres que père ou mère n'ont droit qu'à la portion qui leur est attribuée en propriété, les collatéraux avec lesquels ils sont en concours conservent intacte la portion afférente à leur ligne.

L'ordre des collatéraux se subdivise-t-il?

77. — L'ordre des collatéraux se subdivise : on distingue les

collatéraux ayant la qualité de *frères et sœurs ou descendants de frères et sœurs* et les collatéraux autres que frères et sœurs ou descendants d'eux. Les premiers sont *privilégiés*, en ce sens que la loi leur accorde trois avantages que n'ont pas les autres : 1° Les frères ou sœurs ou descendants d'eux concourent avec les père et mère (art. 748) ; les père et mère excluent, au contraire, les collatéraux *ordinaires* de leur ligne (art. 746). 2° Les frères et sœurs ou descendants d'eux excluent les ascendants autres que père et mère, même de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas : ainsi, un frère *utérin* exclut un aïeul *paternel*, et, réciproquement, un frère *consanguin* exclut un aïeul *maternel* (art. 750) ; les ascendants excluent, au contraire, les collatéraux *ordinaires* de leur ligne (art. 753). 3° Les frères et sœurs, en concours avec le père ou la mère, conservent intacte la portion qui leur est attribuée en propriété ; au contraire, le père, en concours avec les collatéraux ordinaires de la ligne maternelle, ou la mère, en concours avec les collatéraux ordinaires de la ligne paternelle, leur enlève un tiers en usufruit de la portion qui leur est attribuée (art. 754).

téraux ne se subdivise-t-il point ?

— On peut donc dire, bien que la loi n'en reconnaisse textuellement que *trois*, qu'il y a *cinq* classes de parents, savoir : 1° les descendants ; 2° les ascendants *privilégiés*, c'est-à-dire les ascendants ayant la qualité de père ou de mère ; 3° les ascendants autres que père ou mère ; 4° les collatéraux *privilégiés*, c'est-à-dire les frères et sœurs ou descendants d'eux ; 5° les collatéraux *ordinaires*.

Combien y a-t-il d'ordres de succession ?

78. — La loi détermine la vocation à la succession d'après la *qualité* des *parents* que laisse le *de cujus ;* elle ne considère ni la *nature* ni l'*origine* des biens pour en régler la dévolution.

Art. 732.

Est-ce d'après la qualité des parents laisses par le *de cujus* ou d'après la *nature* et l'*origine* de ses biens, que le Code détermine la vocation à sa succession ?

Dans notre ancienne jurisprudence, la dévolution des biens se réglait, au contraire, d'après leur nature et leur origine.

D'après *leur nature*, les biens étaient nobles ou roturiers, meubles ou immeubles, et attribués, suivant ces distinctions, à tels ou tels héritiers.

L'ancien droit ne distinguait-il point la *nature* et *l'origine* des biens pour en régler la dévolution ?

D'après leur *origine*, les biens étaient *propres* ou *acquêts*. On rangeait dans la classe des biens *propres :* 1° tous les biens que le *de cujus* avait reçus par succession légitime ; 2° les biens qu'il tenait, par donation ou legs, de l'un de ses parents en ligne directe. Tous les autres biens étaient *acquêts*. Les propres mobiliers étaient assimilés aux acquêts et régis comme eux.

Tels parents succédaient aux acquêts qui ne succédaient pas aux propres, et réciproquement. Les *acquêts* et les propres mobiliers étaient, en général, attribués au parent le plus proche dans l'ordre appelé à succéder. Les *propres* immobiliers étaient attribués aux parents de qui le *de cujus* les tenait, et, à défaut de l'auteur du propre, à ses parents.

Quel était le sens de la règle *Paterna paternis, materna maternis ?*

Qu'entendait-on par *fente ?* par *refente ?*

Ainsi, les propres venus au défunt du côté de son père retournaient aux parents paternels ; les propres venus au défunt du côté de sa mère retournaient aux parents maternels. De là la règle : *Paterna paternis, materna maternis.* C'est ce qu'on appelait la *fente.*

On ne s'en tenait pas là : après la fente, venait la *refente*. Les propres paternels, attribués à la ligne du côté d'où ils étaient venus, se divisaient en deux parts : l'une pour les parents paternels de l'auteur du propre, l'autre pour ses parents maternels. Cette deuxième division faite, si le parent désigné dans chaque ligne pour succéder était prédécédé, les biens afférents à sa ligne étaient de nouveau divisés et attribués, partie à ses parents paternels, partie à ses parents maternels.

Quel était le but de la règle *Paterna paternis* ? quel en était l'inconvénient ?

La règle *Paterna paternis, materna maternis*, était équitable dans son principe : car elle conservait à chaque famille les biens qui venaient d'elle, qu'elle avait mis dans le patrimoine du *de cujus*. Mais elle était funeste dans son application : car elle donnait lieu à des questions de généalogie d'une difficulté inextricable.

Quelle était la règle établie par Justinien ? Quel danger présentait-elle ?

La théorie romaine était, au temps de Justinien, beaucoup moins compliquée : tous les biens laissés par le défunt composaient une seule masse, qui était attribuée au parent le plus proche dans l'ordre appelé à succéder. Ce système, d'une grande simplicité dans son application, pouvait être injuste dans ses résultats : car souvent il arrivait que tout un patrimoine passait d'une famille dans une autre. Exemple. *Primus*, qui a succédé à son père, et dont le patrimoine ne se compose que des biens qu'il a recueillis comme héritier de son père, meurt laissant un collatéral *paternel* et un collatéral *maternel plus proche* : c'est le parent maternel qui succède, qui acquiert tous les biens que la famille paternelle avait mis dans le patrimoine du *de cujus*.

Art. 733 et 734.

79. — Placé entre ces deux écueils, le Code a imaginé un système qui tient le milieu entre les systèmes opposés de notre ancien droit et du droit romain. Il ne distingue ni la *nature* ni l'*origine* des biens pour en régler la dévolution : tous ceux que laisse le défunt sont compris dans une même masse, sans distinguer ni d'où ils viennent (1) ni de quelle nature ils sont ; mais, au lieu de l'attribuer exclusivement au parent le plus proche dans l'ordre appelé à succéder, il la divise en deux parts égales, dont l'une est attribuée à la ligne paternelle et l'autre à la ligne maternelle. Les biens provenant d'une ligne pourront bien encore passer dans l'autre ligne, mais ils n'y passeront pas en totalité : la ligne d'où ils viennent n'en perdra que la moitié (voy. toutefois les nos 82 et 83).

Quel système le Code a-t-il organisé ? N'y a-t-il pas encore dans notre Code des cas où l'on a égard à l'*origine* des biens pour en régler la dévolution ?

Par quelle règle le Code a-t-il remplacé l'ancienne règle *Paterna paternis, materna maternis* ?

La *fente* admise par le Code est-elle la même que l'ancienne *fente* ?

On voit que le Code a établi un système de *fente* qu'il ne faut pas confondre avec la règle *Paterna paternis, materna maternis*. Suivant cette règle, chaque bien provenant d'une ligne retournait *en totalité* à cette ligne ; aujourd'hui, la *moitié* de tous les biens est attribuée à chaque ligne. La règle *Paterna paternis, materna maternis*, a donc été remplacée par celle-ci : *Dimidium paternis, dimidium maternis*.

(1) Il existe cependant trois cas où le Code a égard à *l'origine* des biens pour en régler la dévolution. (Voy. les art. 351, 747 et 766.)

Quant à la *refente*, il n'en existe plus aucun vestige. Les biens attribués à chaque ligne ne se divisent plus : ils appartiennent exclusivement au parent paternel ou maternel le plus proche dans chaque ligne, sauf le cas de représentation. Exemple. Je laisse des parents *paternels* et des parents *maternels* de mon père ; ces parents sont tous, par rapport à moi, des parents *paternels* (voy. le n° 74) : la portion attribuée à ma ligne *paternelle* ne se partage pas en deux parts nouvelles, l'une pour les parents paternels de mon père, l'autre pour ses parents maternels ; elle est, en totalité, recueillie par mon parent paternel le plus proche.

La *refente* a-t-elle été maintenue ?

80. — Suivant la plupart des Coutumes, les parents *germains* excluaient les parents *utérins* ou *consanguins*. Ce droit d'exclusion, connu autrefois sous le nom de *privilége du double lien*, a été abrogé. Les parents germains n'excluent plus les parents consanguins ou utérins ; mais, comme ils appartiennent aux deux lignes, ils concourent, dans la ligne paternelle, avec les parents consanguins, et, dans la ligne maternelle, avec les parents utérins. Ils prennent donc double part, tandis que les consanguins ou utérins n'en prennent qu'une.

Le Code a-t-il maintenu le privilége du *double lien* ?

Quel avantage accorde-t-il aux parents *germains* ?

81. — Lorsque le *de cujus* n'a laissé dans une des lignes aucun parent au degré successible, les parents de l'autre ligne sont alors, mais alors seulement, appelés à recueillir la succession entière.

Qu'arrive-t-il si le *de cujus* n'a de parents que dans une ligne ?

82. — Le principe de la division de la succession en deux parts, attribuées l'une à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle, s'applique lorsque la succession est dévolue aux ascendants ou aux collatéraux du *de cujus* (art. 733). Il n'en est pas de même lorsque ce sont ses enfants qui sont appelés à succéder : ses enfants, en effet, sont tous ses parents paternels et maternels, puisqu'ils descendent comme lui de son père et de sa mère. Chacun d'eux appartient aux deux lignes : chacun d'eux, par conséquent, a un droit égal.

Quand s'applique le principe de la division de la succession en deux parts ?

La division de la succession est également sans application au cas où les biens sont dévolus à des collatéraux qui appartiennent, tout à la fois, à la ligne paternelle et à la ligne maternelle, par exemple à des frères et sœurs germains ou descendants d'eux.

Le second alinéa de l'art. 733 nous avertit même que la succession, quoique le *de cujus* laisse des parents qui n'appartiennent pas aux deux lignes, est, *dans un certain cas*, entièrement dévolue au parent d'une ligne, à l'exclusion du parent de l'autre ligne. Nous avons vu, en effet (sous le n° 77), et nous verrons bientôt encore, que les frères, sœurs, neveux ou nièces, d'un seul côté, excluent les ascendants (autres que père et mère) et les collatéraux de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas. Ainsi, un frère *utérin* prend la succession tout entière, bien que le *de cujus* ait laissé dans sa ligne *paternelle* un ascendant (autre que son père), ou un collatéral. Réciproquement, un frère *consanguin* exclut les ascendants (autres que père ou mère) et les collatéraux de la ligne *maternelle* (art. 752 *in fine*).

N'existe-t-il point un cas où le principe reste sans application, bien que le *de cujus* ait laissé des parents dans chacune de ses lignes ?

Cette dérogation n'amène-t-elle pas une conséquence fâcheuse?

83. — Il existe donc encore, dans notre Code, un cas où les parents d'une ligne recueillent *en totalité* les biens que l'autre ligne avait mis dans le patrimoine du *de cujus*. Exemple. *Primus*, qui a succédé à sa mère et qui n'a laissé d'autre patrimoine que celui qu'il a recueilli comme héritier de sa mère, meurt laissant un frère *consanguin* et le père ou le frère de sa mère, c'est-à-dire son grand-père ou son oncle *maternel* : le frère consanguin sera seul appelé. Ainsi, les biens provenant de la ligne maternelle seront dévolus en totalité à la ligne paternelle ! Ce résultat n'est pas en harmonie avec l'esprit général de notre Code; il est même peu équitable. Mais la loi est formelle (art. 750, 746 et 752 combinés).

Est-ce toujours le parent le plus proche qui succède? N'arrive-t-il pas souvent qu'un parent est exclu par un parent moins proche?

84. — La loi, avons-nous dit, divise les héritiers en plusieurs classes. Il ne faut donc pas opposer parent à parent, et dire : Celui-là est appelé à la succession qui est le parent le plus proche du *de cujus*. Ce sont les classes de parents qu'il faut opposer les unes aux autres : la première classe exclut la seconde ; la seconde, qui est exclue par la première, passe avant la troisième... De là, il résulte qu'un parent de la première classe exclut les parents de la seconde, quoiqu'il soit à un degré plus éloigné que les parents de la classe inférieure. C'est ainsi que les *descendants*, qui sont de la première classe, excluent toujours les frères et sœurs, qui sont de la seconde : le frère, qui est au second degré du *de cujus*, peut se trouver écarté par un parent au troisième degré, par un arrière-petit-fils.

85. — Lorsque la succession se divise en deux parts, l'une pour la branche paternelle, l'autre pour la branche maternelle, le parent le plus proche dans chaque ligne est appelé à succéder. Le parent d'une ligne n'est donc pas exclu par le parent d'une autre ligne, quoique celui-ci soit plus proche en degré. Ainsi un parent au douzième degré dans la ligne maternelle peut concourir avec un parent au premier ou au second degré dans la ligne paternelle : par exemple, un collatéral au douzième degré dans la ligne maternelle concourt avec le père ou le grand-père paternel du *de cujus*.

86. — En résumé, il faut s'attacher d'abord à la qualité des parents, voir s'ils sont descendants, ascendants, frères ou sœurs, descendants de frères ou sœurs, ou enfin collatéraux ordinaires, c'est-à-dire s'ils sont de la première, de la seconde, de la troisième, de la quatrième ou de la cinquième classe. La classe de parents habiles à succéder étant connue, alors se présente le privilége de la proximité du degré : les parents les plus proches sont les héritiers.

Entre parents du même ordre et de la même ligne, la proximité du degré est-elle toujours une cause de préférence?

Toutefois, la *représentation* étant admise dans certains ordres (l'ordre des descendants et l'ordre des frères et sœurs ou descendants d'eux), et l'effet de la représentation étant de faire monter un parent d'un ou de plusieurs degrés, ceux-là sont héritiers, dans cette classe, qui, soit en réalité, soit par l'effet de la représentation, sont plus proches en degré (art. 739 et suiv.).

SECTION II. — DE LA REPRÉSENTATION. 3e *Répétition.*

87. — I. *Définition.* — L'art. 739 définit la représentation : « Une « fiction de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants « dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. » Cette définition peut être critiquée sous plusieurs rapports :

Art. 739 et 744.

Qu'est-ce que la représentation ? La définition qu'en donne le Code est-elle exacte ?

1° Elle ne fait pas connaître quelles personnes peuvent être représentées ou représentants.

2° Les mots *place* et *degré* sont synonymes en matière de succession : l'un des deux est donc superflu.

3° Il n'est pas exact de dire que le représentant entre *dans les droits du représenté.* On ne représente, en effet, que ceux qui sont morts *avant* le *de cujus* (art. 744) ; or, aux termes de l'art. 725, les personnes qui avaient cessé d'exister au décès du *de cujus* n'ont aucun droit à sa succession : en cessant de vivre, elles ont cessé d'être capables. Le représenté n'a donc eu aucun droit à la succession du *de cujus.* Il fallait dire : *dans les droits qu'aurait eus le représenté, s'il eût survécu au* DE CUJUS.

4° Enfin, quelques personnes font remarquer qu'il est puéril de considérer la représentation comme une *fiction.* La loi, disent-elles, commande, ordonne ; elle n'a pas besoin de feindre, elle dispose directement. La représentation est donc une *disposition favorable de la loi ;* et, s'il y a fiction, elle consiste seulement en ce que plusieurs personnes (les représentants) ne comptent que pour une (le représenté) (1).

La représentation est-elle une *fiction?* Si c'en est une, en quel sens faut-il l'entendre ?

Cependant de très-bons esprits maintiennent le mot *fiction.* La représentation, disent-ils, est bien, en effet, une fiction, puisqu'elle fait revivre une personne décédée dans la personne de ses enfants. L'emploi du mot *fiction*, disent MM. Demante et Demolombe, offre un avantage : car le législateur, en annonçant qu'il feint des faits qui ne sont pas réels, exprime brièvement sa pensée, qui est de conserver pour ce cas supposé toutes les conséquences qu'il faudrait tirer de ces faits s'ils étaient réels.

Au reste, que la représentation soit une disposition ou qu'elle soit une fiction de la loi, peu importe : dans l'un comme dans l'autre système, le représentant prendra toujours tous les droits et charges, mais ne prendra que les droits et charges qu'aurait eus ou dont aurait été tenu le représenté, s'il eût survécu au *de cujus* (voy. toutefois l'explic. de l'art. 848).

Comment peut-on la définir ?

On peut la définir : *une disposition de la loi, en vertu de laquelle les descendants, soit d'un fils ou d'une fille, soit d'un frère ou d'une sœur du* DE CUJUS, *montent dans le degré que leur ascendant, par son prédécès, a laissé vacant dans la famille, et sont, en conséquence, appelés à succéder à sa place, c'est-à-dire à prendre toute la part, mais rien que la part, à laquelle il aurait eu droit s'il eût survécu.* Ou, plus

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 38.

simplement : *un privilége introduit en faveur de certains parents, et dont l'effet est de les faire monter d'un ou de plusieurs degrés, afin de les placer au même rang qu'un autre parent plus proche qu'eux.*

Sur quels motifs est-elle fondée ?

88. — II. *Motifs de la représentation. — Dans quels cas elle a lieu, et à quelles conditions. — Quels parents peuvent être représentés ou représentants.* — L'ordre des successions a été réglé d'après l'ordre naturel des affections ; dans chaque ordre et dans chaque ligne, le parent le plus proche est appelé à succéder, parce que la loi présume que le défunt avait pour lui une affection plus vive que celle qu'il accordait à ses parents plus éloignés. Le droit de représentation est fondé sur la même idée : la loi l'accorde à certains parents qui sont présumés avoir succédé, dans le cœur du défunt, à toute la tendresse qu'il avait pour un autre parent prédécédé.

Pourquoi les fils ou filles du *de cujus* peuvent-ils être représentés par leurs descendants ?

Le père qui a la douleur de perdre son fils reporte sur la personne des descendants de ce fils toute la tendresse qu'il lui accordait ; ils ont dans son cœur la même place que leur père occupait : il est juste, par conséquent, qu'ils aient dans sa succession les mêmes droits qu'aurait eus leur père, s'il eût vécu. Ainsi, les *fils ou filles du* DE CUJUS *sont représentés par leurs descendants.*

Pourquoi en est-il de même des frères et sœurs du *de cujus* ?

Celui qui perd son frère ou sa sœur reporte également son affection sur les descendants de son frère ou de sa sœur : en conséquence, *les frères et sœurs du* DE CUJUS *sont représentés dans sa succession*, comme ils l'étaient déjà dans son affection, *par leurs descendants.*

Pourquoi les ascendants ne peuvent-ils pas être représentés ?

Les ascendants ne remplacent pas dans le cœur d'un fils le père ou la mère qu'il a vu mourir. Plus nos ascendants sont éloignés, moins est vive l'affection que nous avons pour eux. L'ascendant le plus proche doit, en conséquence, exclure, dans chaque ligne, les ascendants plus éloignés. *Ainsi, l'ascendant prédécédé n'est pas représenté par ses propres ascendants.*

Pourquoi les collatéraux, autres que frères et sœurs, ne peuvent-ils pas l'être ?

Dans l'ordre des collatéraux autres que les frères et sœurs ou descendants d'eux, le collatéral le plus proche est celui que le *de cujus* affectionnait le plus : c'est donc lui qui, dans chaque ligne, succédera à l'exclusion des collatéraux plus éloignés. Ainsi, le collatéral prédécédé, s'il n'est pas le frère ou la sœur du *de cujus*, ne sera pas représenté par ses enfants.

Dans quels ordres la représentation a-t-elle lieu ? Dans quels ordres n'est-elle point admise ?

On voit que la représentation a lieu : 1° dans l'ordre des descendants ; 2° dans l'ordre des frères et sœurs, ou descendants d'eux : — qu'elle n'a pas lieu, au contraire : 1° dans l'ordre des ascendants ; 2° dans l'ordre des collatéraux autres que frères ou sœurs, ou descendants d'eux. Ainsi, peuvent être représentés par leurs descendants : 1° les descendants, 2° les frères ou sœurs du *de cujus*.

Les enfants ou les frères et sœurs du *de cujus* peuvent-ils, être représentés quand ils ont survécu au *de cujus* ?

89. — Toutefois les descendants, les frères ou sœurs du *de cujus*, ne peuvent être représentés qu'autant qu'ils sont morts *avant* lui : car, s'ils survivent, leur degré, n'étant pas vacant, ne peut pas être occupé par leurs descendants.

Pourquoi ne représente-t-on pas les personnes *vivantes* ?

De là la règle qu'on ne représente pas les personnes *vivantes ;* et de là cette conséquence

qu'on ne représente pas les héritiers qui ont été, soit par l'effet d'une *renonciation*, soit par suite d'un jugement d'*indignité*, exclus de la succession. Ainsi, Paul a laissé un fils vivant, *Primus*, et les enfants d'un autre fils prédécédé, *Secundus ; Primus* renonce : les enfants de *Secundus* succéderont seuls, ils excluront les enfants de *Primus :* car ces enfants, ne pouvant point représenter leur père qui est vivant, restent au deuxième degré, tandis que les enfants de *Secundus* se sont élevés au premier par le bienfait de la représentation (voy. le n° 69).

Les descendants des enfants ou des frères et sœurs du *de cujus* peuvent-ils toujours être représentants ?

90. — Enfin, lors même que les fils ou filles, frères ou sœurs du *de cujus*, sont prédécédés, la représentation n'a pas lieu, si leurs enfants n'ont pas, de leur chef, une vocation propre et personnelle à la succession du *de cujus :* la représentation n'est, en effet, qu'un secours, *un auxiliaire*, que la loi accorde à certains parents qui sont habiles à succéder, mais qui seraient primés, si elle n'était admise, par des parents plus proches. Il faut donc, pour succéder par *représentation*, avoir une vocation propre et personnelle (M. Val.).

Ainsi, point de représentation au profit de ceux qui sont déclarés indignes.

Les enfants d'un fils *adoptif* peuvent-ils le représenter ?

91. — Les enfants légitimes d'un fils *adoptif* peuvent-ils le représenter? La solution de cette question dépend de la solution de celle-ci : Les enfants d'un fils adoptif ont-ils, ou non, une vocation propre et personnelle à la succession du père adoptif de leur père? S'ils ont cette vocation, la représentation est possible ; elle ne l'est pas dans le cas contraire (voy., sous le n° 105, l'explic. de l'art. 745).

Un enfant adoptif peut-il représenter son père adoptif ?

92. — Quant au fils adoptif, il ne peut pas invoquer le droit de représentation pour succéder aux ascendants ou aux frères et sœurs de son père adoptif. Il ne le peut pas, parce qu'il n'a, de son chef, aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350).

Les enfants naturels reconnus peuvent-ils représenter leur père ou leur mère ?

93. — Les fils ou filles, les frères ou sœurs du *de cujus*, ne peuvent être représentés que par leurs descendants *légitimes*. Les enfants *naturels* reconnus ne peuvent pas être *représentants :* car ils n'ont, de leur chef, aucune vocation propre et personnelle à la succession des parents de leurs père ou mère (art. 756). — Les enfants naturels, qui ne peuvent pas être *représentants* de leurs père ou mère, peuvent, au contraire, être *représentés* par leurs enfants légitimes (art. 759).

Peuvent-ils être eux-mêmes représentés par leurs enfants légitimes ?

Les enfants qui ont renoncé à la succession de leur père ou de leur mère peuvent-ils les représenter ?

94. — Au reste, il n'est pas nécessaire d'être *héritier* d'une personne pour la représenter; il suffit d'être son *descendant*. Mon père meurt et je renonce à sa succession : je le représenterai néanmoins dans la succession de mon aïeul paternel, lorsqu'elle sera ouverte. Cela se conçoit : le droit de représentation ne faisait point partie de la succession de mon père; ce n'est pas de lui que je le tiens, je le tiens de la loi. C'est un droit qui est né dans ma personne : dès lors, peu importe que je sois ou non l'*héritier* de

mon père. Je suis toujours son *descendant*, et c'est en cette qualité que j'ai le droit de le représenter. De là la règle qu'on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé.

On ne représente pas *per saltum et omisso medio*. Quel est le sens de cette règle ?

95. — On ne représente pas *per saltum et omisso medio*. Il faut, pour arriver jusqu'au premier degré, que le représentant puisse passer par tous les degrés intermédiaires : si donc l'un d'eux est occupé, la représentation n'a pas lieu. Exemple. Paul a deux enfants, *Primus* et *Secundus ; Secundus* prédécède, laissant un fils *Tertius*, et un petit-fils *Quartus;* Paul étant mort, *Tertius* qui aurait pu, en représentant son père *Secundus*, concourir avec son oncle *Primus*, a renoncé à la succession, ou, si l'on veut, il en a été exclu comme indigne : *Quartus* ne pourra pas concourir avec son grand-oncle *Primus*, en représentant son grand-père *Secundus*. Il faudrait, en effet, pour le représenter, prendre la place de *Tertius ;* or, cela est impossible : car, *Tertius* étant *vivant*, sa place n'est pas vacante.

Art. 743.

Comment se partage la succession, quand tous les héritiers ou quelques-uns d'entre eux succèdent par représentation ?

96. — Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère *par souche*, c'est-à-dire en autant de portions égales qu'il y a de souches : les représentants, en si grand nombre qu'ils soient, ne prennent que la part à laquelle aurait eu droit le représenté s'il eût survécu.

La part attribuée à chaque souche se partage elle-même *par tête*, si tous les représentants sont au premier degré du représenté; *par souche*, dans l'hypothèse contraire.

97. — Nous connaissons la théorie générale de la représentation. Rendons-la plus claire par quelques espèces empruntées au texte de nos articles.

Art. 740.

La représentation en ligne directe a-t-elle lieu à l'infini ?

La représentation a lieu à l'infini en ligne directe descendante... (art. 740). L'enfant du *de cujus* peut donc être représenté par ses enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc.

Dans quels cas a-t-elle lieu ? Quel est le premier exemple cité par le Code? Comment, dans ce cas, se partage la succession ?

Elle est admise dans tous les cas... (même art. 740), c'est-à-dire: 1° *Soit qu'elle ait pour résultat de faire concourir les descendants d'un fils ou d'une fille prédécédée, avec un autre fils ou une autre fille du défunt*. Exemple. Le *de cujus* a laissé un fils vivant, *Primus*, et les enfants d'un autre fils prédécédé, *Secundus* : les enfants de *Secundus* peuvent le représenter, à l'effet de concourir avec leur oncle *Primus*. Mais, à eux tous, ils ne prennent que la part que leur père aurait prise s'il eût survécu : car, si le prédécès de *Secundus* ne doit pas profiter à *Primus*, il ne faut pas non plus qu'il lui soit préjudiciable. Ainsi le partage se fait par souche et non par tête : moitié à *Primus*, moitié aux enfants de *Secundus*.

Comment est réglée la succession de la personne qui a laissé des descendants à des degrés inégaux ?

2° *Soit qu'elle ait pour résultat de faire concourir des descendants qui sont entre eux à des degrés inégaux du* DE CUJUS... Paul avait deux fils qui sont morts avant lui, *Primus* et *Secundus ; Primus* a laissé un fils, et *Secundus* deux enfants d'un fils prédécédé : les petits-fils de *Secundus*, qui sont au *troisième* degré du *de cujus*, concourent avec le fils de *Primus*, quoique ce fils soit au *second* : car, par le bienfait de la représentation, la différence des degrés

se trouve effacée. Le partage se fait par souche, moitié pour l'enfant de *Primus*, moitié pour les petits-enfants de *Secundus*.

3° *Soit qu'elle ait pour résultat de faire concourir des descendants qui sont entre eux à des degrés égaux du* DE CUJUS... Paul avait deux fils, *Primus* et *Secundus*, qui sont morts avant lui, laissant chacun des fils ou filles : les enfants de *Primus* concourent avec les enfants de *Secundus*.

Quid si ses descendants sont à des degrés égaux ? Quelle est, dans ce cas, l'utilité de la représentation ?

Mais, dira-t-on, les petits-enfants, étant tous à un *degré égal* du *de cujus*, succéderaient de leur chef : dès lors qu'ont-ils besoin du secours de la représentation ? — La représentation a dû être admise dans ce cas, afin d'empêcher un résultat inique et fort peu moral qu'eût entraîné avec lui le partage *par tête*. Paul a deux fils, *Primus* qui a un seul enfant, et *Secundus* qui en a dix : si *Primus* et *Secundus* survivent à leur père, chacun d'eux succédera pour moitié. Supposons-les prédécédés l'un et l'autre : qu'adviendrait-il si leurs enfants succédaient de leur chef et *par tête?* Chaque enfant succéderait pour un onzième ! Les dix enfants de *Secundus* auraient, par conséquent, intérêt, et rien ne serait plus immoral ni plus dangereux, au *prédécès de leur père :* car, tandis que celui-ci ne serait appelé que pour moitié, ils succéderaient, eux, pour les dix onzièmes de la succession. Le système de la représentation prévient ce vœu immoral : car elle ne donne aux enfants de chaque fils prédécédé que la part que leur père aurait prise s'il eût survécu au *de cujus*.

Quel est l'effet de la représentation lorsqu'il y a, dans chaque souche, un nombre égal de têtes ?

98. — Mais quel sera l'effet de la représentation, s'il y a dans chaque souche un nombre *égal* de têtes? Paul, qui a deux fils, *Primus* et *Secundus*, meurt avant eux; *Primus* et *Secundus* ont chacun deux enfants : si *Primus* et *Secundus* renoncent à la succession de leur père, s'ils sont l'un et l'autre déclarés indignes, ou enfin si l'un d'eux est indigne et l'autre renonçant, leurs enfants seront appelés *de leur chef;* le partage se fera *par tête;* chaque enfant prendra une part virile, c'est-à-dire une part égale, *un quart*, dans l'espèce. Si *Primus* et *Secundus* sont morts *avant* le *de cujus*, leurs enfants succéderont *par représentation;* le partage se fera alors *par souche*, moitié pour les deux enfants de *Primus*, moitié pour les deux enfants de *Secundus ;* chaque enfant prendra, en définitive, *un quart* de la succession. Quel intérêt y a-t-il donc à savoir si les petits-fils du *de cujus*, quand ils sont *en nombre égal dans chaque souche,* succèdent *de leur chef* ou au contraire *par représentation?* Cet intérêt est double :

1° Les petits-fils qui viennent *de leur chef* rapportent à la succession du *de cujus* ce qu'ils en avaient reçu à titre de donation ou de legs; mais ils ne rapportent pas ce que leur père en avait reçu au même titre. Les petits-fils qui viennent *par représentation* sont, au contraire, tenus de rapporter à la succession tout ce que leur père avait reçu du *de cujus* à titre de donation (art. 848).

2° Lorsqu'ils succèdent *de leur chef*, si l'un d'eux renonce, sa part accroît aux trois autres; chacun d'eux vient pour un tiers.

Lorsqu'ils succèdent *par représentation*, la renonciation ne profite qu'au frère du renonçant; car, resté seul dans sa souche, il prend toute la part qui est attribuée à cette souche, la moitié de la succession (art. 786).

Quel intérêt y a-t-il à distinguer si les petits-enfants succèdent *de leur chef* ou *par représentation*?

On voit donc qu'il y a un triple intérêt à distinguer si les petits-enfants succèdent *de leur chef* ou *par représentation* :

Si c'est *de leur chef* : 1° partage par tête ; 2° dispense de rapporter ce qui a été donné à leur père par le *de cujus* ; 3° accroissement, au profit de *tous*, de la part abandonnée par l'un d'eux ;

Si c'est *par représentation* : 1° partage par souche ; 2° obligation de rapporter ce que le défunt a donné à leur père ; 3° accroissement de la part abandonnée, au profit de ceux-là seulement qui sont dans la même souche que le renonçant.

Art. 742.

Quels sont les collatéraux qui peuvent être représentés par leurs enfants ?

99. — ***La représentation a lieu dans l'ordre collatéral, au profit des enfants d'un frère ou d'une sœur prédécédée.*** Elle a également lieu à l'infini, c'est-à-dire au profit des neveux, petits-neveux, arrière-petits-neveux du *de cujus*. Il faut appliquer ici tout ce que j'ai dit de la représentation dans l'ordre des descendants.

Art. 741.

Quelles hypothèses faut-il faire pour appliquer le principe que les *ascendants* ne peuvent pas être représentés ?

100. — *Elle n'a pas lieu dans l'ordre des ascendants...* Paul laisse un grand-père, et des frères ou sœurs ou descendants d'eux : qui succède ? les frères ou sœurs ou descendants d'eux, et ils succèdent seuls. Si, au contraire, le grand-père avait pu représenter son fils, père du *de cujus*, il serait venu en concours avec eux ; car, aux termes des art. 748 et 749, le père n'est pas exclu par les frères ou neveux du *de cujus*. — Autre exemple. Le *de cujus* a laissé dans sa ligne paternelle : 1° le père de son père, c'est-à-dire un grand-père ; 2° le père de la mère de son père, c'est-à-dire un *bisaïeul*. Le *grand-père*, étant au second degré, recueillera à lui seul la moitié de la succession dévolue à sa ligne : il exclura le *bisaïeul*, qui est au troisième degré. Si, au contraire, la représentation eût été admise en faveur des ascendants, le *bisaïeul* aurait pu, en empruntant le degré de sa fille, grand'mère du *de cujus*, concourir avec le *grand-père*.

Art. 742.

Quels sont les collatéraux qui ne peuvent pas être représentés ?

101. — ***La représentation n'a pas lieu dans l'ordre des collatéraux autres que frères et sœurs ou descendants d'eux...*** *Primus* meurt, laissant un cousin, *Secundus*, et les enfants d'un autre cousin prédécédé, *Tertius* : qui succède ? *Secundus* seulement. Les enfants de *Tertius* ne peuvent, en effet, concourir avec *Secundus*, ni de leur chef, car ils sont au cinquième degré du *de cujus*, tandis que *Secundus* est au quatrième, ni par représentation, car ils sont descendants, non d'*un frère*, mais d'*un cousin* du *de cujus*.

Quelles différences y a-t-il entre la représentation et la transmission ?

102. — Il ne faut pas confondre la *transmission* avec la *représentation*.

Il y a *transmission* lorsqu'un héritier transmet à ses propres héritiers une succession qui *s'était ouverte dans sa personne*. Exemple. *Secundus*, après avoir succédé à *Primus*, meurt laissant pour héritier *Tertius* : *Secundus* a transmis à *Tertius*, confondue dans la sienne, la succession de *Primus*.

Quant aux différences, elles sont faciles à comprendre.

1° Le représentant prend, non pas les droits du représenté, mais les droits que le représenté aurait eus s'il eût survécu au *de cujus* (voy. le n° 87, 3°). — Celui au profit duquel s'opère la transmission acquiert les droits qui s'étaient ouverts dans la personne du transmettant.

2° La représentation est un *privilége* qui n'existe qu'au profit de *certaines* personnes. — La transmission profite à quiconque succède à une personne qui est morte après avoir elle-même succédé à une autre. Ainsi, un fils prédécédé ne peut pas être représenté par ses enfants naturels reconnus (voy. le n° 93) ; le fils qui a succédé à son père leur transmet, au contraire, la succession qui s'est ouverte dans sa personne.

3° On peut représenter celui dont on a refusé la succession (voy. le n° 94) ; on ne peut, au contraire, profiter de la transmission que sous la condition d'accepter la succession du transmettant.

SECTION III. — DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX DESCENDANTS.

Art. 745.

Les descendants excluent-ils les parents plus proches qu'eux ?

103. — L'ordre des descendants est le premier ; il exclut tous les autres. A quelque degré qu'ils soient, les descendants sont préférés, par cela seul qu'ils sont descendants, à tous autres parents, même plus proches (voy. la Form. 217). Exemple. Paul meurt, laissant son père, un fils et un enfant de ce fils ; le fils renonce à la succession : le petit-fils, qui est au deuxième degré, exclut le père, qui est au premier.

Ont-ils tous une vocation égale ?

Les priviléges que l'ancien droit avait attachés à la primogéniture et à la masculinité sont abrogés. Tous les descendants, fussent-ils nés de mariages différents, ont une vocation égale à la succession de leurs ascendants. — Toutefois la qualité de *fils aîné* constitue encore, quant à certains biens et dans une matière toute spéciale, un véritable privilége. Les majorats, c'est-à-dire les biens qui ont été constitués et affectés par la loi au soutien d'un titre de noblesse, sont, en effet, transmissibles à perpétuité dans la descendance *masculine* du titulaire et par ordre de *primogéniture* (voy. le n° 915).

Quid, des enfants légitimés ? des enfants adoptifs ?

104. — Les enfants *légitimés* ont les mêmes droits que les enfants légitimes (art. 333). Il faut en dire autant des fils *adoptifs*, avec cette différence, toutefois, que les enfants légitimés succèdent aux parents de leurs père et mère, tandis que les fils adoptifs n'ont aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350).

Les enfants d'un fils adoptif peuvent-ils succéder à l'adoptant ?

105. — Les enfants d'un fils adoptif peuvent-ils succéder à l'adoptant ? Je ne le pense pas. Il faut être *parent* du *de cujus* pour être habile à lui succéder ; or, je ne vois dans la loi aucun texte qui établisse un lien de parenté entre l'*adoptant* et les *enfants* de l'adopté. L'adoption crée un lien, non pas entre deux familles, mais entre deux membres de deux familles. Les parents des par-

ties sont étrangers au contrat qu'elles ont formé : il ne peut donc avoir d'effet qu'entre elles.

Dira-t-on que celui qui adopte un enfant veut se créer une famille, qu'il entend s'attacher, comme descendance civile, la postérité de l'adopté ? Mais la fausseté de cette idée est démontrée par la loi même : car, s'il existait, en effet, une relation de filiation entre l'adoptant et les enfants de l'adopté, ce lien de parenté ferait nécessairement naître entre eux l'obligation réciproque de se fournir des aliments ; or cette obligation n'existe qu'entre l'adoptant et l'adopté (art. 345). — Soutiendra-t-on que l'empêchement au mariage qui existe entre l'adoptant et les enfants de l'adopté est la preuve qu'il s'est formé entre eux une relation de parenté ? Mais le même empêchement existe entre l'adopté et certains parents de l'adoptant, et cependant la loi dit elle-même qu'il n'existe entre eux aucun lien de parenté. L'empêchement au mariage est fondé, dans l'un et l'autre cas, sur des considérations d'honnêteté publique.

Induira-t-on enfin la parenté de la circonstance que les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant ? Mais l'adopté porte aussi le nom du père de son père adoptif, et cependant la loi n'établit entre eux aucun lien de parenté. Si les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant, ce n'est pas parce qu'ils sont ses parents : ils le portent parce qu'il appartient à leur père, et qu'il est de principe que les enfants prennent le nom de leur père. Remarquons, d'ailleurs, que les enfants nés *avant* l'adoption de leur père n'ajoutent pas à leur nom celui de l'adoptant : il y aurait donc au moins à distinguer entre les enfants nés *avant* et les enfants nés *depuis* l'adoption ; or, cette distinction est purement arbitraire.

J'ajoute qu'on ne peut pas, par des arguments d'analogie ou *à fortiori*, créer une vocation à succession. Quand la loi veut l'accorder, elle le fait expressément : c'est ainsi qu'elle appelle les enfants légitimes d'un fils naturel reconnu à succéder, à défaut de leur père (art. 759). Elle n'a rien dit de semblable à l'égard des enfants de l'adopté. Elle leur accorde, à la vérité, le droit de *conserver*, quand ils succèdent à leur père, les biens que l'adoptant lui avait donnés (art. 351) ; mais entre ce droit et le droit d'*acquérir* tous les biens de l'adoptant, à l'exclusion de ses ascendants, de ses frères et sœurs, il y a une différence essentielle : on ne peut donc pas conclure du premier au second. L'argument *à contrario* serait d'ailleurs plus logique : La loi, pourrait-on dire, est expresse sur l'un et muette sur l'autre : donc elle n'a entendu accorder que le premier (1).

Dans notre opinion, les enfants de l'adopté ne peuvent succéder à l'adoptant, ni de leur chef, ni par représentation : car, ainsi

(1) La jurisprudence est contraire. Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Nancy du 30 mai 1868.

que nous l'avons dit plus haut (n° 90), pour succéder par représentation, il faut avoir une vocation propre et personnelle à la succession du *de cujus*.

Quand les descendants succèdent-ils par égales portions ? est-il vrai que ce soit lorsqu'ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ?

106. — « Les descendants, dit l'art. 745, succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré *et* appelés de leur chef... » Cette formule est inexacte : il faut remplacer la conjonctive *et* par la disjonctive *ou*. Ils succèdent, en effet, par tête, toutes les fois qu'ils viennent de leur chef ; or, ils succèdent en cette qualité, non-seulement quand ils sont tous au premier degré, mais encore lorsque, étant à des degrés plus éloignés, la représentation est impossible par suite de la survie de descendants plus proches. Exemple. Paul a laissé deux fils vivants, *Primus* et *Secundus*, qui ont renoncé à la succession ou qui en ont été exclus comme indignes : leurs enfants succèdent de leur chef : car *Primus* et *Secundus*, étant vivants, ne peuvent pas être représentés. Disons donc que les descendants partagent par égales portions et par tête, *quand ils sont appelés de leur chef ;* par souche, *quand ils succèdent par représentation.*

La priorité du degré n'est-elle pas quelquefois une cause de préférence, même dans l'ordre des descendants ?

107. — La règle, que dans chaque ordre le parent le plus proche exclut les autres, reçoit ici son application toutes les fois que la différence des degrés ne peut pas être effacée par la représentation. Exemple. Paul laisse deux fils, et l'un d'eux, qui a des enfants, renonce à la succession : les enfants du fils renonçant, ne pouvant pas emprunter son degré, sont exclus par leur oncle, qui succède seul, en sa qualité de parent le plus proche du *de cujus*.

SECTIONS IV et V. — DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS ET AUX COLLATÉRAUX.

108. — L'ordre des ascendants figure dans le Code avant l'ordre des frères et sœurs ou descendants d'eux. Mais évidemment il n'est pas à sa place : car, loin que les ascendants soient appelés avant les frères et sœurs ou descendants d'eux, ce sont, au contraire, les frères et sœurs ou descendants d'eux qui excluent les ascendants, du moins les ascendants autres que père ou mère. L'ordre des frères et sœurs vient donc immédiatement après l'ordre des descendants. C'est par inadvertance qu'il occupe, dans la classification du Code, le troisième rang.

Nous verrons, au reste, que, si l'ordre des ascendants et l'ordre des collatéraux s'excluent réciproquement dans certains cas, ils se mêlent le plus souvent, en sorte que les ascendants et les collatéraux succèdent presque toujours concurremment.

Art. 748, 749, 750, 751.

Par quels parents les frères et sœurs ou descendants d'eux sont-ils exclus?

109. — I. *Ordre des collatéraux privilégiés, c'est-à-dire des frères et sœurs ou descendants d'eux.* — Les frères et sœurs ou descendants d'eux ne succèdent qu'à défaut de descendants.

Ils excluent tous les collatéraux, non-seulement les collatéraux

Quels parents excluent-ils?

Qui succède lorsque le *de cujus* a laissé un frère *utérin* et des collatéraux *paternels*, ou réciproquement?

Qui succède lorsque le *de cujus* a laissé des frères ou sœurs ou descendants d'eux et des ascendants?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Quid, si les frères et sœurs ou descendants d'eux concourent avec le père et la mère?

Quid, s'ils concourent avec le père ou la mère seulement?

Les enfants d'un frère renonçant ou indigne excluent-ils les ascendants autres que père ou mère? Concourent-ils avec les père et mère?

de la ligne dont ils font partie, mais encore ceux de la ligne à laquelle ils sont étrangers. Ainsi, un *frère utérin* exclut, non-seulement les collatéraux de sa ligne, les collatéraux maternels, mais aussi les collatéraux de la ligne dont il ne fait pas partie, les collatéraux paternels. C'est une exception au principe que la succession dévolue à des collatéraux se divise en deux parts, l'une pour la branche paternelle, l'autre pour la branche maternelle (art. 733. — Voy. le n° 83).

Ils excluent tous les ascendants autres que père et mère, non-seulement les ascendants de leur ligne, mais encore les ascendants de l'autre ligne: ainsi, un frère *consanguin* exclut même les ascendants *maternels*. C'est une nouvelle exception au principe de l'art. 733.

110. — Ils concourent avec les père et mère. Le concours a-t-il lieu avec le père et la mère : la succession se divise en deux parts égales, dont l'une est attribuée au père et à la mère, qui reçoivent, par conséquent, chacun un quart; l'autre, aux frères et sœurs *ou descendants d'eux*. A-t-il lieu avec le père *ou* la mère seulement: le père ou la mère prend un quart, le surplus reste aux frères et sœurs *ou descendants d'eux*. — Je dis *descendants d'eux*, bien que la loi dise: frères et sœurs ou *leurs représentants*... Ce mot *représentants* n'a pas ici son sens juridique ordinaire. La pratique donne souvent le nom de *représentants* aux *descendants* d'une personne; c'est dans ce sens vulgaire que le mot *représentants* a été ici employé par la loi. Cela résulte clairement des art. 746, 749 et 753. Ainsi, les neveux ou nièces du *de cujus*, en concours avec son père ou sa mère, prennent les trois quarts de la succession, lors même qu'ils ne peuvent pas représenter leur père. Exemple. Paul a laissé son père et un frère; celui-ci refuse la succession: les enfants du frère renonçant, bien qu'ils ne puissent pas le représenter, concourent néanmoins avec le père et succèdent pour les trois quarts. — Remarquons aussi qu'il résulte des art. 746 et 753 que les neveux du *de cujus* excluent, dans tous les cas, les ascendants autres que père et mère.... *Dans tous les cas*, c'est-à-dire soit qu'ils représentent leur père ou leur mère, soit qu'ils ne puissent pas les représenter.

Art. 752.

Comment se partage la succession dévolue à des frères et sœurs ou descendants d'eux?

Quid, s'ils sont, les uns germains, les autres consanguins ou utérins?

111. — La succession dévolue aux frères et sœurs ou descendants d'eux, c'est-à-dire la succession entière, ou la moitié, ou les trois quarts, suivant les différents cas que nous venons d'étudier, se partage par têtes, s'ils sont tous frères germains, ou tous frères utérins, ou tous frères consanguins, c'est-à-dire s'ils sont tous nés du *même mariage*. Dans le cas contraire, elle se divise en deux parts égales: l'une est attribuée à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Les frères *germains* prennent part dans les deux lignes, les frères *consanguins* dans la ligne paternelle seulement, les frères *utérins* dans la ligne maternelle seulement. Exemple. Paul, qui a un enfant né d'un premier mariage, *Primus*, épouse Marie, qui a également un enfant né d'un premier mariage, *Secundus*; deux

enfants naissent de leur union, *Tertius* et *Quartus*. *Tertius* et *Quartus* sont frères *germains* entre eux, car ils sont nés du même père et de la même mère; *consanguins* avec *Primus*, car ils sont nés du même père; *utérins* avec *Secundus*, car ils sont nés de la même mère. Paul et Marie étant décédés, *Tertius* meurt sans enfants : sa succession, qui est de 12,000 fr., se partage par moitié : 6,000 sont attribués à la ligne paternelle, 6,000 à la ligne maternelle. *Quartus*, étant frère *germain* du *de cujus*, appartient aux deux lignes : en conséquence, il partage avec *Primus*, frère *consanguin*, les 6,000 fr. attribués à la ligne paternelle, et avec *Secundus*, frère *utérin*, les 6,000 fr. attribués à la ligne maternelle. Il a 6,000 fr., et chacun de ses frères 3,000.

112. — II. *Ordre des ascendants.* — On distingue les ascendants ayant la qualité de père ou de mère et les ascendants autres que père et mère.

Art. 746, 748, 749, 750, 751, 753, 754.

Les ascendants ayant la qualité de père ou de mère ne sont exclus que par les descendants; ils concourent avec les frères ou sœurs ou descendants d'eux.

Les ascendants ont-ils tous les mêmes droits?

A défaut de frères et sœurs ou descendants d'eux, ils excluent, chacun dans sa ligne, tous autres parents. Ainsi, le père exclut tous les ascendants et tous les collatéraux paternels, la mère tous les ascendants et tous les collatéraux maternels.

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Par quels parents les père et mère sont-ils exclus?

Avec quels parents concourent-ils?

Quels parents excluent ils?

Si le père et la mère ont survécu, ils prennent chacun la moitié de la succession. Si l'un d'eux est prédécédé, la succession se partage en deux parts égales : l'une est attribuée à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Le père ou la mère survivante prend la moitié afférente à sa ligne ; l'autre moitié est recueillie par les aïeuls, ou, à leur défaut, par le plus proche des collatéraux de l'autre ligne. Toutefois le père ou la mère survivante a l'usufruit du tiers des biens attribués aux collatéraux de la ligne dont il ne fait pas partie. — Exemples. Paul a laissé son père et le père de sa mère prédécédée : son père prend la moitié de la succession ; l'autre moitié appartient à l'aïeul maternel. Paul a laissé son père et un frère de sa mère prédécédée : moitié au père, moitié au collatéral maternel, c'est-à-dire, dans l'espèce, à l'oncle maternel de Paul; mais le père a, en outre de la moitié qu'il recueille, l'usufruit du tiers de la moitié attribuée au collatéral avec lequel il concourt.

Comment est réglée la succession lorsque le père concourt avec des collatéraux *maternels*? ou la mère avec des collatéraux *paternels*?

113. — Les ascendants autres que père et mère sont exclus : 1° par les descendants du *de cujus*; 2° par ses frères et sœurs ou descendants d'eux ; 3° par leurs propres descendants, père ou mère du *de cujus*.

Par quels parents sont exclus les ascendants autres que père et mère?

Quels parents excluent-ils?

Avec quels parents concourent-ils?

Ils excluent les collatéraux ordinaires de la ligne dont ils font partie, et concourent, pour une moitié, avec les ascendants, quels qu'ils soient, père, mère ou aïeuls, et, à leur défaut, avec les collatéraux, de la ligne dont ils ne font pas partie. La loi ne leur accorde pas, comme au père ou à la mère, l'usufruit du tiers des biens attribués aux collatéraux de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas.

L'ascendant paternel en concours avec un collatéral maternel, ou réciproquement, jouit-il de l'avantage que la loi accorde aux père ou mère?

Chacun dans sa ligne exclut les ascendants moins proches : car la représentation n'est pas admise en faveur des ascendants (voy. le n° 100). La moitié de la succession attribuée à chaque ligne ne se subdivise pas ; elle reste tout entière à l'ascendant ou au collatéral le plus proche (art. 734).

Par quels parents sont exclus les collatéraux autres que frères et sœurs ou descendants d'eux ?
Avec quels parents concourent-ils ?
Le résultat est-il le même, soit qu'ils concourent avec le père ou la mère, soit qu'ils concourent avec un ascendant autre que père ou mère ?
Comment succèdent-ils entre eux ?

114. — III. *Ordre des collatéraux autres que frères ou sœurs ou descendants d'eux.* — Les collatéraux *ordinaires* sont exclus : 1° par les descendants ; 2° par les frères et sœurs ou descendants d'eux ; 3° par les ascendants, quels qu'ils soient. Toutefois ils ne sont exclus que par les ascendants de la même ligne qu'eux : ils concourent donc par moitié avec les ascendants de l'autre ligne. Ils ne concourent jamais avec les frères et sœurs ou les descendants d'eux : ceux-ci les excluent, soit qu'ils appartiennent à la même ligne qu'eux, soit qu'ils fassent partie de l'autre ligne. Ainsi, un collatéral *paternel* est exclu même par un frère *utérin*, et, réciproquement, un collatéral *maternel*, même par un frère *consanguin*. — Je rappelle que, lorsqu'ils concourent avec le père ou la mère, le père ou la mère leur enlève l'usufruit du tiers des biens qui leur sont attribués (voy. les n°s 109 et 112).

La succession déférée à ces collatéraux se divise en deux parts égales, l'une pour la ligne *paternelle*, l'autre pour la ligne *maternelle ;* les collatéraux *germains* prennent part dans les deux lignes, les *consanguins* dans la ligne paternelle seulement, les *utérins* dans la ligne maternelle seulement.

La représentation n'étant pas admise ici (voy. le n° 101), le collatéral le plus proche dans chaque ligne exclut tous les autres. La part dévolue à chaque ligne ne se subdivise plus ; elle appartient tout entière au collatéral le plus proche.

Art. 755.

Jusqu'à quel degré succède-t-on ?
Quid, s'il n'existe point, dans une ligne, de parents au degré successible ?

115. — Au-delà du douzième degré, les parents ne succèdent pas. — A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout.

APPENDICE.

4e *Répétition.*

Succession des ascendants aux choses par eux données.

Art. 747.

L'ascendant n'a-t-il pas le droit de reprendre dans la succession de son descendant mort sans postérité les biens qu'il lui a donnés ?
Pourquoi lui accorde-t-on ce droit ? Comment ce droit s'appelle-t-il ? A quel autre droit l'oppose-t-on ?
Le droit de retour conventionnel et le

116. — « Les ascendants *succèdent, à l'exclusion de tous autres,* « aux choses par eux données à leurs enfants ou *descendants* dé- « cédés *sans postérité*, lorsque les objets donnés se retrouvent *en* « *nature* dans la succession.

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent *le prix* « *qui peut en être dû.* Ils succèdent aussi à *l'action en reprise* que « pouvait avoir le donataire » (art. 747).

La loi a pensé qu'il ne fallait pas ajouter à la douleur qu'éprouve l'ascendant qui perd son enfant le chagrin de voir passer en d'autres mains des biens qui lui ont appartenu et qu'il affec-

tionne peut-être : *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (1). On a considéré, en outre, qu'un ascendant serait peu disposé à être libéral envers ses enfants, s'il n'était point sûr de reprendre, dans la succession du donataire mort sans postérité, les biens dont il se dépouille à son profit.

droit de retour légal sont-ils de même nature?

La différence doctrinale qui existe entre ces deux droits n'amène-t-elle point des différences pratiques fort importantes? Quelles sont ces différences?

117. — § I. *Nature du droit de l'ascendant donateur.* — On l'appelle quelquefois *droit de retour successoral ou légal*, par opposition au droit de retour *conventionnel*. Je donne un immeuble à *Primus*, et je stipule que, s'il meurt avant moi, le bien que je lui donne me fera retour : c'est l'hypothèse du retour *conventionnel*. Cette donation transfère au donataire, non pas la propriété incommutable ou définitive des biens compris dans la donation, mais une propriété *résoluble*. Le donataire les acquiert avec cette modalité que, s'il meurt avant le donateur, la propriété sera considérée comme étant toujours restée sur la tête de ce dernier : en d'autres termes, la donation est faite *sous condition résolutoire*. Le donateur meurt-il avant le donataire : la condition résolutoire à laquelle était subordonnée la donation est défaillie, et le droit du donataire consolidé, irrévocable. Le donateur survit-il au donataire : la condition étant alors réalisée, la donation se trouve *rétroactivement* anéantie, c'est-à-dire réputée inexistante tant dans le passé que pour l'avenir : les choses sont remises au même état que si la donation n'avait jamais existé (art. 1183). Ce n'est donc pas à titre de *succession*, en qualité d'*héritier*, que le donateur reprend les biens : il les reprend, parce que, la donation étant considérée comme n'ayant jamais existé, il est réputé avoir toujours *conservé*, et le donataire *n'avoir jamais eu*, la propriété des biens donnés. Le donateur *ne devient pas propriétaire*, il est réputé n'avoir jamais cessé de l'être.

Cette résolution ne produit pas seulement son effet entre les parties, elle est également opposable aux tiers : car le donataire, propriétaire révocable, n'a pas pu transmettre des droits irrévocables. De là il résulte :

1° Que le donateur a le droit de reprendre les biens donnés partout où ils se trouvent, soit dans la succession du donataire, soit entre les mains des tiers;

2° Qu'ils lui font retour, francs et quittes des hypothèques et servitudes dont ils étaient grevés du chef du donataire;

3° Qu'il les reprend, sans être obligé de contribuer au paiement des dettes faisant partie de la succession du donataire;

4° Qu'il a droit à une indemnité, au cas où ils n'existent plus en nature par suite du fait ou de la faute du donataire.

Tels sont la nature et les effets du *retour conventionnel* (art. 951 et 952).

A quel titre l'ascendant donateur reprend-il les biens

118. — Lorsque la donation est faite par un *ascendant* à son *descendant*, un droit de retour existe à son profit, alors même qu'il n'est

(1) Pomponius, L. 6 pr., D., *De jure dot.*

qu'il avait donnés au *de cujus*?

intervenu à cet égard aucune stipulation. C'est l'hypothèse du retour *légal* ou *successoral*. D'autres règles le régissent. L'ascendant qui fait une donation à son descendant, sans stipuler le droit de retour, se dépouille *irrévocablement :* le donataire acquiert un droit *incommutable*. Si ce donataire prédécède, les biens qu'il a reçus et qui se retrouvent en nature dans sa succession font, il est vrai, retour à l'ascendant, comme dans l'hypothèse du retour conventionnel ; mais la donation n'est pas réputée n'avoir jamais existé, elle n'est pas anéantie dans le passé. L'ascendant reprend les biens, non pas parce qu'il est réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire, mais parce que la loi les lui attribue *à titre de succession :* il les reprend en vertu d'un droit nouveau, *parce qu'il est l'héritier du donataire, parce qu'il lui succède*. Aussi l'art. 747 dit-il qu'il *succède* aux biens donnés qui se retrouvent en nature dans la succession du donataire (1).

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'il les reprend à titre de *succession*?

Du principe que c'est *à titre de successeur* que l'ascendant est appelé à reprendre les biens que son descendant tient de lui par donation, il résulte :

1° Qu'il ne peut pas renoncer à son droit *du vivant du donataire :* on ne renonce pas, en effet, à une succession qui n'est pas encore ouverte (art. 791) ;

2° Qu'il ne peut pas le céder, tant qu'il n'est pas ouvert : la loi, en effet, ne permet point la vente d'une succession future (art. 1600) ;

3° Que le retour n'a pas lieu si les biens donnés ne se retrouvent pas en nature dans la succession du donataire. Par conséquent, l'ascendant n'a droit à aucune indemnité s'ils ont péri par le fait ou la faute du *de cujus*. S'ils ont été aliénés, il ne peut pas les reprendre entre les mains des tiers acquéreurs ;

4° Que, s'ils se retrouvent en nature dans la succession du donataire, il les reprend avec les hypothèques et servitudes dont ils étaient grevés du chef du *de cujus ;*

L'ascendant contribue-t il au paiement des dettes?

Dans quelle proportion y contribue-t-il?

5° Enfin qu'il les reprend à la charge de contribuer au paiement des dettes, d'y contribuer en proportion de la valeur des biens qui lui font retour, comparée à la valeur des autres biens du *de cujus*. Mais, dira-t-on, l'ascendant ne succède pas à une fraction de *l'universalité* des biens ; il ne succède que *in re singulari*, à des objets individuels. Or, en principe, les successeurs particuliers ne contribuent pas au paiement des dettes (voy. le n° 4). On répond qu'aux termes de l'art. 724, tout *héritier* est tenu des dettes ; que la loi ne distingue pas entre l'héritier universel et l'héritier *in re singulari ;* que ce qui d'ailleurs fait cesser tous les doutes, c'est que le droit de retour établi au profit du père adoptif n'a lieu qu'à la charge de contribuer au paiement des dettes (art. 351).

(1) MM. Dur., t. VI, nos 223 et 227; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 82; Dem., t. III, n° 55 *bis*; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 123; Demol., t. Ier, nos 480 et 481.

On détermine la part des dettes que doit payer l'ascendant, en fixant, par l'estimation des biens, la fraction active pour laquelle il succède. Exemple. Le donataire laisse un actif de 100,000 fr., y compris les biens donnés ; ceux-ci valent 20,000 fr. : l'ascendant donateur recueille un cinquième de l'actif, il paiera un cinquième des dettes. — En supposant que l'un des biens qui lui font retour soit affecté par hypothèque au paiement d'une dette du donataire, l'ascendant donateur pourra être poursuivi *pour le tout ;* mais, s'il paie la dette entière, il recourra contre ses cohéritiers pour tout ce qu'il aura payé au-delà de sa part contributoire (art. 873 et 875).

119. — L'ascendant donateur est *un héritier légitime* proprement dit, puisque l'art. 747, qui établit sa vocation, fait partie du chapitre où la loi traite des successions autres que les successions irrégulières. J'en conclus : 1° qu'il est saisi de plein droit des biens composant la succession ouverte à son profit ; 2° qu'il est tenu *ultra vires* de la portion de dettes corrélative à la portion de biens dont il est investi ; à moins, bien entendu, qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire (1).

Par quels parents l'ascendant donateur est-il exclu ? Quels parents exclut-il ? Ne peut-il pas se faire qu'il soit appelé à succéder aux choses par lui données et qu'il ne soit pas appelé à la succession ordinaire du *de cujus?*

120. — § II. *Dans quel cas l'ascendant donateur est appelé à succéder en cette qualité, c'est-à-dire des parents par qui il est exclu et des parents qu'il exclut.* — L'ascendant succède aux choses par lui données, lorsque le donataire est mort *sans postérité ;* il succède alors à l'exclusion de *tous autres parents.* Ainsi, l'ascendant donateur, quant aux choses par lui données, exclut tous parents autres que les descendants. La loi le préfère même aux héritiers qu'elle fait passer avant lui dans la succession ordinaire. Il résulte de là que la succession aux biens donnés est indépendante, séparée de la succession aux autres biens, et qu'ainsi l'ascendant donateur peut être appelé à la première, quoiqu'il ne soit pas appelé à la seconde. Exemples. Un ascendant fait une donation à son petit-fils ; le petit-fils donataire meurt sans postérité, laissant des frères et sœurs : l'ascendant donateur est exclu, quant à la succession ordinaire, par les frères et sœurs du *de cujus* (art. 750), tandis qu'il les exclut quant à la succession des biens donnés. Un ascendant paternel fait une donation à son petit-fils ; celui-ci meurt sans postérité, laissant son père et son grand-père donateur : le grand-père succède aux biens qu'il a donnés, à l'exclusion du père, et celui-ci aux autres biens, à l'exclusion du grand-père.

L'ascendant donateur est-il exclu par un descendant légitimé ou adoptif?

121. — *L'ascendant donateur est exclu par les descendants du donataire.* Il importe peu qu'ils soient légitimes, ou seulement légitimés ou adoptifs : car, aux termes des art. 333 et 350, les enfants légitimés ou adoptifs ont les mêmes droits que les enfants légitimes.

Par un enfant naturel reconnu ?

Est-il exclu par un fils naturel reconnu ? Oui, mais pour une partie seulement : car, aux termes de l'art. 757, les enfants naturels reconnus n'ont qu'une portion des droits que la loi accorde

(1) MM. Dem., t. III, n° 55 *bis ;* Val.; Demol., n°s 481 *bis,* 482 et 552. — *Contra* MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 123 ; Dur., t. VI, n° 209.

aux enfants légitimes. Ainsi, l'ascendant ne sera écarté que jusqu'à concurrence de la quote-part que la loi attribue à l'enfant naturel, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la moitié. Mais, dira-t-on, le donataire peut donc, par sa volonté, en reconnaissant un enfant naturel, faire tomber en partie le droit de son ascendant! Qu'y a-t-il là d'étonnant? Ne peut-il pas le lui faire perdre en aliénant les biens donnés, en les donnant, par exemple, à un étranger (1)?

L'est-il par un descendant renonçant ou indigne?
Par les enfants d'un descendant renonçant ou indigne?

122. — La présence des descendants ne fait pas obstacle au droit de l'ascendant, lorsqu'ils renoncent à la succession ou lorsqu'ils en sont écartés comme indignes : ils sont alors, aux termes de l'art. 785, considérés comme n'existant pas quant à la succession. Mais, s'ils ont eux-mêmes des enfants, les petits-fils du donataire, bien qu'ils ne succèdent alors que de leur chef, excluent l'ascendant : celui-ci, en effet, n'est appelé à succéder qu'à défaut de *postérité*.

L'ascendant donateur a-t-il le droit de reprendre dans la succession de ses petits-enfants morts sans postérité les biens qu'il a donnés à leur père et qu'ils avaient recueillis dans la succession de leur père?

123. — Lorsque le donataire laisse des descendants qui viennent à sa succession, le droit de retour s'évanouit : car la condition à laquelle il est subordonné est défaillie. De là il suit que, si les descendants qui ont succédé au donataire meurent sans postérité, l'ascendant donateur ne succédera pas aux choses qu'il a données à leur père et qu'ils ont recueillies dans sa succession. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 747 l'ascendant succède aux choses par lui données à ses enfants *ou descendants morts sans postérité*, ce qui semble indiquer qu'il a le droit de reprendre dans la succession des enfants de son fils donataire, morts eux-mêmes sans postérité, les biens qu'il a donnés à leur père. Mais tel n'est pas le sens de ces mots *ou descendants morts sans postérité*. La loi a prévu deux cas : 1° celui où la donation a été faite au fils; 2° celui où elle a été faite au petit-fils. Dans l'une et l'autre hypothèse, si le donataire meurt sans postérité, l'ascendant succède aux choses par lui données. Que si la donation a été faite au fils, l'ascendant n'a pas le droit de reprendre dans la succession des descendants du donataire les biens qu'il a donnés à leur père et qu'ils ont recueillis dans sa succession. Effectivement, c'est en qualité d'ascendant *donateur*, c'est à son descendant *donataire*, aux choses par lui *données au* DE CUJUS, qu'il est appelé à succéder; c'est, en un mot, un *donateur* qui succède à un *donataire*, ainsi que cela résulte des termes mêmes de l'art. 747. Or, l'ascendant qui a donné à son fils n'a pas la qualité de *donateur* à l'égard des descendants de son fils : ceux-ci ne sont pas *donataires*, puisqu'ils n'ont pas traité avec lui; les choses que leur ascendant a données à leur père sont dans leur succession, non pas à titre de choses données, mais à titre de choses *acquises par succession*.

Il est vrai encore qu'aux termes de l'art. 352, l'adoptant peut

(1) MM. Dur., t. VI, n° 219; Marc., sur l'art. 747; Dem., t. III, n° 56 *bis*. — *Contra*, MM. Aubry et Rau, t. V, p. 119; Demol., n° 510.

reprendre les choses qu'il a données à son fils adoptif, non-seulement dans la succession du donataire mort sans postérité, mais encore dans celle de ses descendants, lorsqu'ils sont morts eux-mêmes sans enfants après lui avoir succédé. Mais cette disposition est spéciale à l'adoptant, et se justifie par des motifs particuliers, qui ne se rencontrent plus dans le cas qui nous occupe. Il est juste, en effet, que l'adoptant ait le droit de succéder même aux descendants de son fils adoptif, quant aux choses par lui données à ce dernier : car, s'il en était autrement, les biens dont il l'a enrichi seraient, *dans tous les cas*, perdus pour lui, pour sa famille, puisqu'il n'a pas l'espoir de les recueillir en tout ou partie, à titre de successeur ordinaire. L'ascendant légitime, au contraire, étant, dans certains cas, appelé à succéder à ses petits-fils, recueillera, à titre de successeur ordinaire, une portion des biens auxquels il n'aura plus droit comme ascendant donateur. S'il est exclu en totalité, il ne peut l'être que par les frères ou sœurs du *de cujus*, auquel cas les biens ne sortent pas de sa famille, puisque ceux qui l'excluent sont ses propres descendants. Ce qui prouve bien, d'ailleurs, que le droit qu'a l'adoptant et celui qu'a l'ascendant donateur ne sont pas régis par les mêmes principes, c'est que le premier passe aux enfants du père adoptif, *décédé avant le donataire* (art. 351), tandis que le second devient caduc par le *prédécès* de l'ascendant donateur (1).

A quels biens l'ascendant donateur succède-t-il ?

124. — § III. *Des biens auxquels succède l'ascendant donateur.* — Il succède : 1° aux choses par lui données qui se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire : *en nature*, c'est-à-dire *in specie*, ou en d'autres termes, dans *leur identique individualité;* 2° *à la créance du prix*, quand les biens ont été aliénés moyennant un prix qui est encore dû ; 3° *à l'action en reprise* que pouvait avoir le donataire.

125. — I. « L'ascendant donateur succède aux choses par lui données *lorsqu'elles se retrouvent en nature dans la succession du donataire.* » Ainsi, le retour successoral n'a point lieu :

Quid, si les biens qu'il a donnés ont péri, en tout ou en partie, par la faute du donataire ?

1° Lorsque les biens donnés ont péri par cas fortuit ou même par la faute du donataire (voy. le n° 118-3°). — S'ils ont été détériorés par la faute du donataire, l'ascendant les reprend dans l'état où ils sont, au moment de l'ouverture de la succession.

Quid, s'ils ont augmenté de valeur ?

Quand, au contraire, ils ont augmenté de valeur, cette augmentation, si elle est naturelle ou accidentelle, profite évidemment à l'ascendant ; mais, si elle provient des dépenses qu'a faites le donataire, l'ascendant n'en profite-t-il qu'à la charge de tenir compte à la succession, dans la limite de la plus-value, des sommes déboursées par le *de cujus ?* La question est controversée. L'ascendant, dit-on dans un premier système, n'a droit qu'aux choses qui viennent de lui, *qu'il a données ;* or, ce n'est pas lui, ce

(1) MM. Dur., t. VI, n° 216 ; Val. ; Dem., t. III, n° 56 *bis* ; Demol., n° 512. — Pothier était d'une opinion contraire. M. Bugnet soutient que le Code a reproduit le texte et la pensée de Pothier (voy. t. VIII, p. 8).

n'est pas la donation qu'il a faite, qui a mis dans la succession du *de cujus* la plus-value résultant des dépenses : dès lors il n'y a aucun droit (1). L'opinion contraire me paraît préférable. L'ascendant reprend les biens par lui donnés et qui se retrouvent en nature ; tant pis pour lui s'ils ont été détériorés, tant mieux s'ils ont augmenté de valeur : la loi ne distingue pas ! elle a voulu, sans doute, éviter tout ce qui pourrait donner lieu à des débats entre l'ascendant et les autres héritiers (2).

Quid, si le donataire les a aliénés ? *Quid*, s'il les a grevés de servitudes ou d'hypothèques ?

2o Lorsque le donataire les a aliénés par acte entre-vifs, à titre onéreux ou même gratuitement. (Voy. toutefois les nos 128 et 129.) — Lorsqu'il les a, non pas aliénés complétement, mais seulement grevés de certains droits réels, par exemple, d'un droit d'usufruit ou de servitude, l'ascendant les reprend grevés de toutes ces charges : car, si, *matériellement* parlant, les biens donnés existent, *pour le tout*, en nature dans la succession du donataire, on peut dire *juridiquement* qu'ils n'y existent que moins les droits réels dont il les a grevés. De même que l'aliénation intégrale éteint pour le tout le droit éventuel de l'ascendant donateur, de même l'aliénation partielle l'éteint pour partie (art. 351, argum. tiré des mots : *sans préjudice du droit des tiers*).

— Deux questions se rattachent à cette matière :

Quid, s'il en a disposé par testament ?

126. — 1° Le bien que le donataire a laissé en nature dans sa succession, mais dont il a disposé *par testament* au profit d'un tiers, fait-il retour à l'ascendant ? La négative ne me semble point douteuse. C'est vainement que le donateur dira : « Le bien que j'ai donné, le voilà ; c'est bien le même ; il existe dans la succession du donataire qui est mort sans postérité. Toutes les conditions exigées par la loi concourent dans l'espèce : donc le droit de retour s'est ouvert à mon profit. »

Le légataire répondra : « En quelle qualité prétendez-vous aux biens donnés ? n'est-ce pas comme *successeur légitime ?* Cela est bien évident : car l'art. 747, qui règle votre droit, et qui est placé dans la matière des *successions légitimes*, dit positivement que *vous succédez* aux choses par vous données. Or, en ma qualité de *légataire*, je vous exclus : car les parents qui ne sont pas réservataires ne sont appelés à succéder qu'à défaut d'héritiers testamentaires. Quant à la réserve, vous n'y avez aucun droit. Qu'est-ce, en effet, que la réserve ? Une portion de biens dont on ne peut être dépouillé par les libéralités qu'a faites le *de cujus* (voy. le no 593). Or, le donataire avait le droit absolu de disposer des biens que vous lui aviez donnés : cela est encore évident, puisque, aux termes de l'art. 747, le retour légal n'a pas lieu lorsque les biens donnés ne se retrouvent plus en nature dans la succession du do-

(1) MM. Dur., t. VI, no 246 ; Marc., art. 747 ; Zach., Aubry et Rau, p. 547 et 548.

(2) MM. Val. ; Dem., t. III, nos 57 *bis*, III ; Demol., no 559.

nataire, par suite des donations qu'il a faites de son vivant » (1).

L'ascendant donateur a-t-il droit aux choses par lui données, après être sorties du patrimoine du donataire, elles y sont rentrées par l'effet d'une acquisition nouvelle?

127. — 2° L'ascendant a-t-il droit aux choses par lui données, dans le cas où, après être sorties du patrimoine du donataire, elles y sont rentrées par suite d'une acquisition nouvelle? Ainsi, le donataire vend la maison que lui a donnée son ascendant; il la rachète et meurt sans postérité : l'ascendant peut-il la reprendre ? A première vue, l'affirmative ne paraît pas douteuse. L'ascendant se présente comme donateur; l'objet qu'il a donné se retrouve en nature dans la succession du donataire ; celui-ci est mort sans postérité : n'est-ce pas tout ce qu'exige l'art. 747? Non, ce n'est pas tout ce qu'il exige ! il ne suffit pas que la chose donnée se retrouve en nature dans la succession du donataire; il faut de plus qu'elle y soit *en tant que chose donnée*. Quel est, en effet, l'esprit de la loi? Pourquoi autorise-t-elle l'ascendant à reprendre les choses par lui données, lorsqu'elles se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire? Parce que, dans cette hypothèse, il est évident qu'elles viennent de l'ascendant, que c'est lui qui les a mises dans la succession, qu'elles ne s'y trouveraient pas sans la donation qu'il a faite au *de cujus* : il est juste alors qu'il les reprenne, puisque c'est lui qui en avait enrichi le donataire. Le droit de l'ascendant ne comprend donc absolument que les choses qui sont dans la succession du donataire *par suite de la donation qui lui avait été faite*. Or, si le donataire, après les avoir données ou vendues, les a acquises de nouveau, soit parce qu'il les a rachetées, soit parce qu'une autre personne que son ascendant les lui a données, on ne peut plus dire qu'elles viennent du donateur, que c'est la donation qui est cause qu'elles sont dans la succession du donataire ; elles y sont à tout autre titre ; ce sont des choses qu'il a *achetées* ou qui lui ont été données par une personne autre que l'ascendant. Dès lors le retour légal ne doit pas avoir lieu. S'il en était autrement, à quel résultat ne serait-on pas conduit? Le donataire vend la maison que lui a donnée sa mère; son père la rachète et lui en fait de nouveau donation : lequel des deux, du père ou de la mère, aura le droit de reprendre la maison? La mère, dans le système que j'ai combattu. C'est elle qui recueillera le bien que son mari a, par sa libéralité, mis dans le patrimoine du *de cujus* ! Dans notre système, au contraire, la maison appartient au père : c'est de lui qu'elle vient, c'est à lui qu'elle doit faire retour (2).

A défaut des choses données, l'ascendant donateur ne succède-t-il point à certains droits qui les remplacent?

128. — II. « Si les biens donnés ont été aliénés par le donataire, l'ascendant donateur recueille *le prix qui peut en être dû*. » — L'ascendant donateur doit respecter tous les actes à titre gratuit ou à titre onéreux par lesquels le donataire a disposé des choses

(1) MM. Dur., t. VI, nos 226-227; Val.; Duv.; Aubry et Rau, sur Zach., t. V, p. 125; Demol., nos 251-252.

(2) MM. Bravard, *De l'étude du droit romain*, p. 285; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 126; Marc., art. 747; Dem., t. III, n° 58 *bis*, II; Duc., Bonn. et Roust., art. 747; Duv.; Demol., t. I, n° 536.

données. D'où ce principe : *point de retour quant aux choses qui ont été aliénées par le donataire* (voy. les nos 118-3°, et 125-2°).

Cela posé, faisons l'espèce suivante. Le donataire a vendu le bien que son ascendant lui a donné : ce bien ne peut point, je viens de le dire, faire retour au donateur ; mais *quid* quant *au prix* moyennant lequel il a été aliéné ? La loi distingue. Ce prix a-t-il été payé au donataire : point de retour. Est-il encore dû au donataire quand il meurt : la créance du prix passe au donateur.

Que faut-il entendre par *action en reprise?* Est-ce toujours une *action en résolution?* A-t-elle toujours pour objet la chose même qu'avait donnée l'ascendant ?

129. — III. « L'ascendant donateur succède aussi à *l'action en reprise* que pouvait avoir le donataire. » — Sous ces expressions *action en reprise*, les auteurs comprennent :

1° Toute action par laquelle l'aliénateur d'un bien peut le faire rétroactivement rentrer dans son patrimoine, en faisant *résoudre, rescinder, annuler* ou *révoquer* l'aliénation. Telles sont, comme exemples, les actions *en réméré* (art. 1659 et 1673, 2e alinéa), *en résolution* de vente, pour défaut de paiement du prix (art. 1184 et 1654), *en rescision,* pour cause de lésion (art. 1674), *en nullité ou en rescision*, pour incapacité, erreur, dol ou violence (art. 1124, 1110, 1111 et 1116), et enfin *en révocation* d'une donation, pour cause d'inexécution des charges (art. 953 et 954).

Ainsi, quand l'aliénation que le donataire a consentie est *résoluble, rescindable, annulable* ou *révocable*, l'action par laquelle il la peut faire *résoudre, rescinder, annuler* ou *révoquer*, revient, lors de son décès, s'il en est encore nanti à ce moment, à l'ascendant donateur.

2° Certaines actions *matrimoniales*, par lesquelles un conjoint peut reprendre, après la dissolution de la communauté ou du mariage, soit les biens qu'il avait constitués en dot, soit *d'autres valeurs équivalentes*. Prenons quelques exemples.

Un père donne une maison à sa fille, qui se marie ou qui est mariée sous le régime de la communauté. Le mari acquiert, comme chef de la communauté, le droit d'administrer cet immeuble et d'en jouir ; mais, quand vient la dissolution de la communauté, la femme a le droit de prélever l'immeuble dont elle a conservé la propriété (art. 1404, 1405, 1470-1° et 1493-1°). Cette action en prélèvement est une *action en reprise* (art. 1472).

La fille a vendu la maison que lui a donnée son père ; le prix a été payé et versé dans la caisse de la communauté, qui en a la jouissance et, par suite, la propriété, mais sous l'obligation de rendre une somme égale à celle qu'elle a reçue (art. 587). L'action qu'a la femme pour se faire payer cette somme à la place de l'immeuble aliéné est également une *action en reprise* (art. 1433, 1470-2°, 1472 et 1493-2°).

Le mari achète une prairie et déclare, en l'achetant, que l'acquisition est faite avec les deniers provenant de la vente de la maison de sa femme et pour lui servir de remploi. Si la femme accepte le remploi, la prairie est subrogée au lieu et place de la maison. Le droit de la prélever, lors de la dissolution de la com-

munauté, constitue encore une *action en reprise* (art. 1433, 1435, 1470-3°, 1472 et 1493-2°).

Ces actions sont sujettes au droit de retour, lorsque le donataire en la personne duquel elles résident en est encore nanti au moment de son décès.

130. — § IV. *Du fondement ou du motif sur lequel repose le droit qu'a l'ascendant donateur de succéder, dans les cas que nous venons d'étudier, à la créance du prix ou à l'action en reprise.*—Lorsque les choses données ont été vendues par le donataire et que le prix en est encore dû, le droit de le recueillir passe à l'ascendant donateur. L'ascendant succède également aux *actions en reprise* que le donataire a laissées dans sa succession. Sur quelle considération la loi s'est-elle fondée pour établir ce double droit de retour? Il y a sur ce point deux explications auxquelles leurs auteurs attachent (bien à tort, selon moi) une importance extrême.

Quel est le fondement des dispositions contenues dans le second alinéa de l'article 747?

N'existe-t-il point deux explications sur ce chef?

131. — 1re *explication.* — Quand la chose donnée a été vendue par le donataire et qu'il en a *reçu le prix*, elle sort irrévocablement de son patrimoine, puisque l'aliénation qui l'en retire est elle-même *irrévocable* ou définitive. Partant, point de droit de retour : la loi, en effet, ne l'applique qu'aux choses données qui se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire (art. 747, 1er alinéa).

Lorsque le donataire a vendu la chose donnée, la *créance du prix* fait retour à l'ascendant; si le donataire a reçu le prix, le droit de l'ascendant est éteint : d'où vient cette différence?

Lors, au contraire, que le prix de vente *est encore dû*, on ne peut point dire que l'aliénation est irrévocable; elle ne l'est point, puisque le donataire qui l'a consentie peut, si l'acheteur ne le paie pas, la faire résoudre et, par cette résolution, reprendre *en nature* la chose vendue (art. 1184 et 1654). Or, c'est une maxime de notre droit, qu'avoir une action pour reprendre rétroactivement une chose aliénée, c'est avoir cette chose même : *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Là est le motif et l'explication du droit de l'ascendant : il reprend la créance du prix, parce que cette créance lui permettra, si elle n'est point payée, de reprendre *en nature la chose par lui donnée.*

A cette question, que répond la première explication?

Que répond la seconde? (Voy. les nos 133-134.)

132. — Ce qui vient d'être dit explique également pourquoi il succède aux *actions en reprise*, telles que l'action en réméré, l'action en rescision pour cause de lésion, l'action en nullité ou en rescision pour incapacité, erreur, dol ou violence, et enfin l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (voy. le n° 129, 1°). Le donataire auquel elles appartenaient n'avait, en effet, qu'à y recourir pour recouvrer *en nature* l'objet que son ascendant lui avait donné. Partant, et de par la maxime : *Qui habet actionem...*, les choses se doivent passer, au regard du donateur, comme si l'objet qu'il a donné était réellement *en nature* dans la succession du donataire.

Pourquoi l'ascendant donateur succède-t-il aux actions *en reprise* que le donataire a laissées dans sa succession?

A cette question, que répond la première explication?

Que répond la seconde? (V. le no 134.)

132 *bis.*—En ce qui concerne les actions en reprise existant d'époux à époux et dont nous avons, sous le 2° du n° 129, donné plusieurs exemples, nous avons vu qu'elles ont pour objet tantôt

la chose même qui est entrée du patrimoine du donateur dans celui du donataire, tantôt *une valeur équivalente*.

Au premier cas, point de difficulté. La chose donnée se retrouve réellement *en nature* dans la succession du donataire; rien, par conséquent, ne fait obstacle au droit de retour du donateur.

Au deuxième cas, le retour a également lieu. Nous ne pouvons plus ici l'expliquer par la maxime *qui habet actionem*.... La disposition qui le consacre semble dès lors déroger au principe que le droit de l'ascendant donateur ne s'applique qu'aux choses données qui se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire. Il n'en est rien, pourtant. Comprenons bien les faits. Lorsqu'un ascendant donne à son enfant, par contrat de mariage ou pendant le mariage, des valeurs qui, *d'après les conventions matrimoniales du donataire*, doivent *immédiatement* passer dans le domaine de la communauté ou du conjoint du donataire, sauf l'*action en reprise* de ce dernier contre son conjoint ou contre la communauté, n'est-il pas vrai que, *effectu inspecto*, c'est cette action en reprise *qui est l'objet donné?* Donc, quand elle est attribuée au donateur, il ne fait que reprendre, *en nature*, *la chose qu'il a donnée!*

132 *ter*. — Résumons et concluons. L'ascendant ne succède aux choses par lui données, qu'autant qu'elles se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire.

Telle est la règle, la règle *unique*.

Si l'ascendant est appelé à recueillir *la créance du prix* et *l'action en reprise*, c'est que cette créance et cette action ont encore pour objet *la chose donnée*, puisqu'elles peuvent effectivement la faire rentrer *en nature* dans ses mains.

De là cette autre règle : le donateur ne succède jamais à des choses *autres que celles qu'il a données*.

Il en est ainsi, quand même il serait certain ou avoué que les choses auxquelles il prétend succéder ont été *acquises avec les choses données ou avec l'argent en provenant*.

L'ascendant donateur succède-t-il, d'après la première explication, aux choses que le donataire a acquises *avec les choses données ou avec l'argent en provenant? Quid*, d'après la seconde explication? (Voy. le n° 134 *bis*).

Soient les questions suivantes :

1° Un enfant a reçu de son ascendant une somme d'argent avec laquelle il a acheté un immeuble; l'origine des deniers avec lesquels il a payé le prix de cette acquisition est, je le suppose, certaine et incontestable : — le donateur peut-il reprendre l'immeuble acquis avec l'argent qu'il a donné?

2° Un enfant a reçu de son ascendant un immeuble qu'il a vendu; le prix a été payé et employé à acquérir un autre bien; l'origine de cette acquisition n'est point contestée : — le donateur peut-il reprendre le bien acquis avec l'argent provenant de la vente de l'immeuble que son enfant tenait de lui?

3° Un enfant a reçu de son ascendant un immeuble qu'il a échangé contre un autre immeuble : — le donateur peut-il reprendre l'immeuble acquis en échange de celui qu'il a donné?

Sur ces divers points, une fois admis le principe qui vient d'être exposé, la négative est manifeste (1).

133. — *Deuxième explication.* — La précédente explication peut être combattue par les raisons suivantes :

1° Ceux qui la donnent soutiennent que, si l'ascendant donateur succède à la créance du prix, c'est que, par *l'action en résolution* que la loi attache à cette créance, il peut reprendre *en nature* la chose qu'il a donnée.

Une observation bien simple va nous montrer que cette idée est inadmissible. Plaçons-nous dans les espèces qui suivent :

Le donataire, créancier du prix de vente, a renoncé à son action en résolution.

L'immeuble qu'il a vendu a péri dans les mains de l'acheteur : partant, plus d'action en résolution.

Le donataire non payé a formé une demande en résolution contre *un tiers-acquéreur* qui lui a opposé une prescription. Son action en résolution est éteinte, quoique, je le suppose, sa créance du prix subsiste encore, ce qui est possible.

Enfin les choses données sont des marchandises; le donataire les a vendues et livrées à un commerçant. Ici encore l'action en résolution fait défaut (C. de comm., art. 550).

Le donataire, en ces divers cas, laisse dans sa succession sa créance du prix et *point d'action en résolution.* En conclut-on que sa créance ne passe point au donateur? Personne n'ose! Dès lors que devient l'explication proposée?

On répond qu'en effet le donateur succède à la créance du prix *même au cas où l'action en résolution ne l'accompagne point.* Mais, dit-on, parce que l'art. 747 embrasse, dans la généralité de ses termes, quelques cas singuliers où l'action en résolution n'accompagne point la créance du prix, en pouvons-nous conclure que la règle qu'il consacre n'a pas été faite pour les cas ordinaires, où ces deux droits coexistent dans la succession du donataire? Ce serait peu logique! Tout le monde sait que souvent il arrive qu'une hypothèse spéciale, à laquelle la loi n'a point songé, se trouve comprise dans un texte général, fait en vue des hypothèses les plus ordinaires.

Cette réponse à l'objection n'est qu'une échappatoire. Les cas où l'action en résolution n'accompagne point la créance du prix sont, en effet, trop nombreux pour qu'ils n'aient point frappé l'attention de la loi. Or, si elle a passé outre, c'est que, dans sa pensée, sa disposition est indépendante de l'existence de l'action en résolution.

2° Lorsque l'action en résolution accompagnera la créance du prix, l'ascendant ne pourra point, dans la plupart des cas, s'en prévaloir et l'utiliser. Le prix lui sera, en effet, presque toujours

(1) MM. Dem., t. III, n° 58 *bis*, I et s.; Marc., art. 747; Duc., [Bonn. et Roust., t. II, n° 483; Demol., t. I, n°s 524 et s.; Val.; Duv.;

offert et payé. Comment, dès lors, soutenir encore qu'il ne peut, en aucun cas, reprendre une chose *autre* que celle qu'il a donnée?

3° Passons aux actions *en reprise* que nous avons, sous le 2° du no 129, appelées *matrimoniales*. Nous avons vu qu'elles ont souvent pour objet une chose *autre* que celle qui est passée du patrimoine du donateur dans celui du donataire (voy., *loc. cit.*, les 2e et 3e exemples). Elles font néanmoins retour à l'ascendant. Il reprend donc, en ce cas encore, des choses *autres* que celles qu'il a données.

Non, dit-on, il ne reprend que ce qu'il a donné. Les choses dont il s'est dépouillé au profit de son enfant ont été, en effet, données avec *cette destination* qu'elles passeraient immédiatement, d'après les conventions matrimoniales du donataire, de son patrimoine dans celui de son conjoint ou de la communauté, sauf *l'action en reprise* qui, d'après les mêmes conventions, lui est expressément ou tacitement réservée. Qui ne voit dès lors que la donation n'a réellement pour objet, dans l'espèce, que *cette action en reprise?*

Cette explication, quoique subtile, peut être acceptée en certains cas. Mais, si je montre qu'elle ne peut pas l'être *toujours*, il est clair que par là même elle devra être écartée.

Cela posé, faisons l'espèce suivante. Un père a donné à sa fille, par son contrat de mariage ou pendant le mariage, un bien immobilier; la donataire est mariée sous le régime de la communauté; l'immeuble qu'elle tient de son ascendant ayant été vendu, le prix a été payé aux mains de son mari :—A quoi succédera, en ce cas, l'ascendant? *A l'action en reprise* que sa fille aura laissée dans sa succession. Cette action, quelle chose aura-t-elle pour objet? Une somme d'argent, s'il n'a pas été fait remploi du prix, ou, dans le cas contraire, le bien qui remplacera l'immeuble aliéné (art. 1433, 1435 et 1470). Or, dans l'espèce, l'immeuble qui a été donné l'a-t-il été sous cette *destination*, « qu'il serait, par le résultat des conventions matrimoniales de la donataire, immédiatement aliéné et remplacé soit par une créance de somme d'argent, soit par un autre immeuble, de manière qu'elle n'acquerrait en réalité, au moment de la donation et par la donation, que cette créance ou ce nouvel immeuble? » Personne ne le soutiendra!

Prenons une espèce plus décisive encore. Supposons que l'immeuble a été donné *longtemps avant* le mariage de la donataire: personne ne niera qu'en ce cas il a été donné purement, simplement et *sans aucune destination*. La donation l'a donc bien eu réellement pour objet. Néanmoins, et à supposer que par la suite la donataire l'aliène et acquière, par cette aliénation, une *action en reprise* contre la communauté, cette action, quoiqu'elle ait pour objet *une chose autre que celle qui a été donnée*, fera retour à l'ascendant.

On a, il est vrai, répondu qu'en l'espèce le donateur ne succède point à *l'action en reprise*. Il n'y succède point, a-t-on dit: car, dans les conditions où la donation a été faite, il est constant

qu'elle a eu pour objet l'immeuble même dont s'est dépouillé l'ascendant et nullement une simple créance ou une action quelconque en reprise.

Voilà qui est purement arbitraire. La loi distingue-t-elle ? Tout au contraire, sa formule est générale et absolue. L'ascendant, d'après la loi, succède à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

Ainsi, sachons le reconnaître, quoique la donataire ait, dans les hypothèses où nous venons de nous placer, acquis directement et très-réellement un certain immeuble, le donateur reprendra une somme d'argent ou un autre immeuble, c'est-à-dire *une chose autre que celle qui a été donnée.*

Partant, la première explication n'a plus aucune espèce de fondement.

134. — Quelle est donc la véritable pensée du législateur ? C'est ce qu'il nous reste à rechercher.

Lorsque les choses données se retrouvent *en nature* dans la succession, point de difficulté, *ces choses* font retour à l'ascendant. Lors, au contraire, qu'elles ne s'y retrouvent pas, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été aliénées par le donataire, le donateur, cela est encore évident, ne peut point les reprendre ; il ne le peut point, puisqu'elles appartiennent à un tiers qu'il ne lui est point permis d'évincer (voy. le n° 128).

Voilà ce que nous apprend le premier alinéa de l'art. 747, sainement entendu.

Lorsqu'il fut soumis à l'examen du Conseil d'État, M. Tronchet fit remarquer qu'il ne prévoyait point toutes les hypothèses qui se pouvaient présenter. Si, dit-il, les choses données se retrouvent en nature dans la succession, point de difficulté, le donateur les reprendra. Si elles ont été aliénées, il ne les reprendra pas. « Mais s'il y a eu remploi des choses aliénées ? » Sur ce chef, la loi était muette (Fenet, t. XII, p. 24).

Ainsi, dans la pensée de Tronchet, la loi laissait en souffrance la question de savoir si l'ascendant donateur succéderait ou non aux biens acquis en échange des choses par lui données ou acquis avec l'argent en provenant. Le deuxième alinéa de notre article eut à statuer à cet égard.

La solution qu'il donne nous est connue, cherchons-en l'esprit.

La loi a dû évidemment déduire cette solution des motifs généraux sur lesquels elle a fondé le droit de retour lui-même (voy. le n° 116). Conséquemment, nous devons croire qu'elle est partie de cette idée : Il est juste et utile que l'ascendant reprenne tout ce dont il a enrichi la succession, soit immédiatement, soit médiatement, et qu'ainsi il succède, soit aux choses par lui données, soit, quand elles ont été aliénées, aux biens acquis en remploi, pourvu que, dans ce dernier cas, l'origine et l'identité des biens qui ont pris leur place soient *certaines et non contestables.*

Lorsque les choses données ont été aliénées et que le prix en provenant a été payé, rien ne prouve que la donation a enrichi la succession du donataire. Il a pu, en effet, dissiper le prix qu'il a touché. S'il existe dans la succession une somme égale à celle qui a été versée entre ses mains, rien n'établit qu'elle provient de l'aliénation de la chose donnée : car rien ne fait connaître l'origine de cette somme. C'est peut-être le prix de vente ; peut-être vient-elle d'une autre source. En ce cas donc, point de retour.

Quand, au contraire, la créance du prix se trouve dans la succession du donataire, aucun doute n'est possible : il est *évident* que c'est la donation qui est cause qu'elle s'y trouve ; il est *incontestable* qu'elle n'y serait point si l'ascendant n'eût donné la chose en échange de laquelle elle a été acquise. Or, s'il est *certain* et *manifeste* qu'elle vient de lui, sinon immédiatement, au moins médiatement, s'il est, en un mot, constant que c'est lui qui en a enrichi la succession, quoi de plus naturel qu'il la reprenne ?

Le même motif explique pourquoi il succède également aux actions *en reprise* que le donataire a laissées dans sa succession. La nature même de ces actions établit, en effet, leur origine. Il est certain qu'elles ont été acquises en échange des biens aliénés : partant, elles les représentent.

Ainsi, vu l'origine certaine de la créance du prix et de l'action en reprise, la loi décide que ces biens seront *subrogés* aux choses données ; que, puisqu'ils en sont l'équivalent et qu'ils les représentent, ils feront, à ce titre, retour à l'ascendant donateur.

Le principe de cette *subrogation* une fois admis, on en a, par analogie, déduit la conséquence générale que le donateur peut reprendre les choses, quelles qu'elles soient, que le donataire a acquises en échange des choses données ou avec l'argent provenant des choses données.

Toutes les fois, en un mot, que le donateur peut dire, *d'une manière certaine :* Voilà ce que j'ai donné, ou : *Voilà ce qui a été acquis avec ce que j'ai donné,* le retour a lieu.

134 *bis.* — Ainsi, a-t-on dit, il faudra résoudre *affirmativement* les trois questions que nous avons posées sous le n° 132 *ter*, et que nous avons, dans le premier système, résolues *négativement.*

Rappelons notamment la troisième question. Au lieu de vendre la maison A que lui a donnée son ascendant, le donataire l'échange contre une maison B : l'ascendant succède-t-il à la maison B? Oui, évidemment! car il peut dire, d'une manière certaine : *Voilà ce qui a été acquis avec le bien que j'ai donné.*

Il n'y a, quant au point de vue qui nous occupe, aucune différence à faire entre la vente dont le prix est encore dû et l'échange. Le donataire, en effet, a reçu, en échange de sa maison, dans le premier cas, un droit *de créance*, et, dans le deuxième, un droit *de propriété*. Or, si l'ascendant peut succéder au droit *de créance*, à bien plus forte raison doit-il être admis à succéder au droit *de propriété*, acquis directement en échange de la maison qui vient

de lui : car ici la représentation est plus directe, plus évidente, plus palpable, que lorsque l'objet donné est représenté par la créance du prix. Qu'est-ce d'ailleurs que l'*action en reprise* qui fait retour à l'ascendant, si ce n'est, en certains cas, le droit de reprendre un bien acquis *en échange* de la chose donnée? (Voy. les nos 130-2°, et 133-3°).

Cette solution, il est vrai, ne marche point d'accord avec le texte de l'art. 747. Mais qu'importe, pourvu qu'elle soit logiquement déduite de la nature même du but auquel il vise, et surtout de l'esprit des solutions qu'il applique aux cas particuliers que la loi y a prévus? Si nous ne voulons point nous résigner aux plus injustes inconséquences, gardons-nous de cet asservissement aveugle qui tue la pensée de la loi sous sa lettre judaïquement appliquée (1). Nous le devons d'autant plus que, selon l'expression de Domat, le droit que notre article consacre est si *plein d'équité* qu'on ne saurait le contester *sans inhumanité* (2).

134 *ter*. — Je viens d'exposer deux doctrines. Laquelle est la bonne? Les motifs par lesquels on explique, dans la première, le 2e alinéa de l'art. 747 sont-ils exacts? J'inclinerais plutôt vers les motifs invoqués dans la deuxième; mais je n'ose rien affirmer. J'aime mieux l'avouer, si quelqu'un me demandait quelles considérations ont inspiré la loi quand elle a écrit la 2e partie de l'article 747, je répondrais sans rougir que je *ne le sais pas*. L'histoire est muette; les travaux préparatoires du Code sont nuls : rien ne nous éclaire!

J'en conclus que ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de s'en tenir purement et simplement au texte de la loi. Toute solution qui le respecte est bonne; toute solution qui s'en écarte est mauvaise.

Je vais plus loin! Lors même qu'il serait parfaitement vrai que les décisions de la loi sur la créance du prix et sur l'action en reprise ont pour fondement la donnée de *subrogation* que développe la deuxième doctrine, je ne consentirais point à les étendre, par analogie, à des hypothèses que la loi n'a point prévues. Le droit dont est investi l'ascendant donateur constitue, dans l'ordre successoral, une succession tout à fait *exceptionnelle* (voy. le no 135) : en conséquence, dès que le texte qui le régit ne nous oblige plus, nous devons nous hâter de rentrer dans le droit commun.

En somme donc, quel que soit le parti que l'on prenne sur les motifs de la loi, on doit, selon moi, la traduire ainsi :

A l'ascendant, 1° les choses qu'il a données, si elles se retrouvent *en nature* dans la succession; 2° la créance du prix en provenant

(1) A ne considérer que les termes de l'art. 351, le droit de retour qui y est réglé ne s'appliquerait ni à la créance du prix ni à l'action en reprise. Cette solution, bien peu d'auteurs l'admettent. On reconnaît donc, en l'espèce, que l'esprit de la loi doit l'emporter sur son texte.

(2) MM. Delvincourt, t. II, p. 38; Toullier, t. IV, no 245; Dur., t. VI, nos 233 et 240; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 125 à 128.

et non encore payé, si elles ont été vendues; 3° les actions en reprise (quelles qu'elles soient) que le donataire a laissées dans sa succession. — *Tous* les autres biens du donataire, à ses héritiers ordinaires (voy., à ce sujet, l'art. 766).

Quel est, en cette matière, le système de la jurisprudence? Ce système est-il admissible?

134 *quater*. — La jurisprudence pratique, en notre matière, une doctrine de pure fantaisie.

L'ascendant a-t-il donné une somme d'argent : le retour a lieu à son profit, pourvu que le donataire ait laissé une somme d'argent, *quelle que soit son origine*, ou, à défaut de numéraire, des billets, c'est-à-dire des créances, *quelle que soit leur cause*. — *Vice versâ*, l'ascendant a-t-il donné des créances de sommes, des rentes sur l'État ou sur particuliers, des billets : il succède, soit aux sommes égales qu'il trouve dans la succession, soit à des créances ou à des actions *autres* que celles qui ont été données. En effet, dit la jurisprudence, les sommes ou les créances de sommes qu'a laissées le donataire *représentent les sommes données*, et *vice versâ*.

Ces décisions n'ont d'autre fondement que l'arbitraire du juge : tout y répugne, le texte et l'esprit de la loi.

Comment appelle-t-on la succession organisée dans l'intérêt de l'ascendant donateur? Quelles différences y a-t-il entre cette succession et les successions ordinaires?

135. — § V. *Différences entre les successions ordinaires et la succession dévolue à l'ascendant donateur*. — La succession à laquelle est appelé l'ascendant donateur est connue sous le nom de succession *anomale* ou *exceptionnelle*. Régie par des règles particulières, elle diffère, sous trois rapports, des successions ordinaires :

1° On ne recherche pas, dans les successions ordinaires, *l'origine* des biens pour en régler la dévolution (art. 732). — Il en est différemment en matière de succession anomale : l'ascendant succède aux biens qu'il a donnés, *qui viennent de lui*.

2° Les héritiers ordinaires succèdent à l'universalité ou à une fraction de l'universalité des biens laissés par le défunt. — L'ascendant donateur ne succède, en cette qualité, qu'aux biens par lui donnés, c'est-à-dire à des objets déterminés.

3° La succession dévolue à l'ascendant donateur est indépendante de l'ordre et du degré auquel est dévolue la succession ordinaire. Aussi avons-nous vu qu'en sa qualité d'ascendant donateur, il exclut, quant aux choses par lui données, des parents qui l'excluent dans la succession ordinaire (voy. le n° 120).

L'ascendant appelé à la succession *anomale* et à la succession *ordinaire* peut-il accepter la première et répudier la seconde?

136. — Lorsqu'il vient à la fois à la succession *anomale* et à la succession *ordinaire*, l'ascendant peut accepter la première et répudier la deuxième : le principe qu'on ne peut pas accepter, pour partie, la succession à laquelle on est appelé, est ici sans application, puisque, dans l'espèce, l'ascendant est appelé, en deux qualités différentes, à deux successions qui sont distinctes et indépendantes (voy. le n° 120). Mais quel intérêt peut-il avoir à accepter la succession anomale, tandis qu'il répudie la succession ordinaire? Si la succession ordinaire est *onéreuse*, la succession anomale ne l'est-elle pas également? Cela est vrai; mais, si l'ascendant attache un prix d'affection aux biens qu'il a donnés, on conçoit qu'il peut avoir intérêt à accepter la succession anomale, nonobstant l'obliga-

Quel intérêt peut-il avoir à prendre ce parti?

tion de contribuer au paiement des dettes que cette acceptation met à sa charge.

137. — Peut-il accepter la succession *ordinaire* et répudier la succession *anomale?* Il le peut certainement quand il est en concours avec d'autres héritiers : les biens donnés étant alors confondus dans la succession ordinaire, il n'y aura qu'une seule succession, qui se partagera entre l'ascendant et ses cohéritiers, en proportion de la part pour laquelle chacun d'eux succédera. Bien plus, il le peut même au cas où il est seul appelé aux deux successions. Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, il retrouvera confondus dans la succession qu'il aura acceptée les biens que comprenait la succession qu'il aura répudiée; mais remarquez qu'alors il succédera aux biens donnés, en sa qualité d'*héritier ordinaire*, non plus comme *ascendant donateur*. Or cette distinction est importante : il est, en effet, généralement admis qu'au cas où les deux successions restent distinctes, il n'y a jamais lieu de parler de réserve pour ou contre l'ascendant donateur (1).

Peut-il accepter la succession *ordinaire* et répudier la succession *anomale?*

CHAPITRE IV. — DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

SECTION I. — DES DROITS DES ENFANTS NATURELS SUR LES BIENS DE LEUR PÈRE OU MÈRE, ET DE LA SUCCESSION AUX ENFANTS NATURELS DÉCÉDÉS SANS POSTÉRITÉ.

§ I. *Des descendants naturels succédant à leur père ou mère.*

5e *Répétition.*

138. — I. *Généralités. — Ancienne jurisprudence.* — Les enfants naturels, quoique légalement reconnus, ne succèdent pas; à défaut de parents au degré successible, la succession est dévolue au conjoint ou à l'État. Les enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments.

Les enfants naturels succédaient-ils dans l'ancien droit?

Droit intermédiaire. — La Révolution, portant la réaction jusqu'à l'excès, assimila les enfants naturels aux enfants légitimes et leur accorda les mêmes droits de successibilité (loi du 11 brumaire an XI) (2).

Quid, sous le droit intermédiaire?

Code. — En refusant tout droit de successibilité aux enfants naturels reconnus, l'ancienne jurisprudence avait eu pour but d'encourager le mariage. C'est, en effet, une grande consolation pour l'homme qui va mourir que de laisser sa fortune à ses enfants. S'il ne peut la leur transmettre, ni par testament ni *ab intestat*, il ne jouira pas de ce bonheur : on le détournait donc, en le frappant de cette incapacité, des unions passagères et illicites. Mais cette exclusion absolue des enfants naturels de la succession de leur père ou mère blessait ouvertement l'humanité.

Quel système a suivi le Code?

L'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes intro-

(1) Voy., sur ce chef, M. Demol., t. II, nos 123 et suiv.
(2) On attribua même à cette assimilation un effet rétroactif.

duite par le droit intermédiaire tendait, au contraire, à abolir l'institution du mariage en répandant le goût des unions illégitimes.

Le Code, se plaçant entre ces deux systèmes, a concilié l'intérêt de l'humanité avec l'intérêt du mariage : les enfants naturels ont un droit de succession ; mais ce droit est moins étendu que celui qui est accordé aux enfants légitimes.

Art. 756 et 762.

139. — II. *Quels sont les enfants naturels auxquels la loi accorde le droit de successibilité.* — Les enfants adultérins ou incestueux ne succèdent point (art. 762). Les enfants naturels simples succèdent, quand ils ont été « *légalement reconnus.* » Ainsi, les enfants qui ont été reconnus *volontairement*, soit par leur acte de naissance, soit par un acte authentique, sont habiles à succéder (art. 334). En est-il de même de ceux qui ont été *judiciairement reconnus* (art. 340, 341) ? La négative a été soutenue. Voici comment on a raisonné :

Quels sont les enfants naturels auxquels la loi accorde le droit de succéder à leur père ou mère ?

1° L'enfant qui a fait *judiciairement* constater sa filiation est, non pas *reconnu*, mais *tenu pour reconnu*, ce qui est bien différent. On ne peut pas dire, en effet, de la mère qui a combattu la prétention de son enfant, qu'elle l'a *reconnu ;* elle l'a plutôt *méconnu.* Or, la loi n'accorde le droit de successibilité qu'aux enfants naturels *reconnus.*

Les enfants judiciairement reconnus succèdent-ils ?

2° L'art. 338, qui établit le principe que les enfants naturels ne sont pas exclus de la succession de leur père ou mère, se réfère, non pas aux enfants *judiciairement* reconnus, puisqu'il est antérieur aux art. 340 et 342, où il est parlé de la reconnaissance judiciaire, mais aux enfants *volontairement* reconnus, puisqu'il est postérieur à l'art. 334, où il est question de la reconnaissance volontaire.

3° La reconnaissance volontaire offre bien plus de garantie que la reconnaissance judiciaire : celle-ci, en effet, a pu être le résultat d'une erreur, d'un faux témoignage. On conçoit donc très-bien que la loi ait fait une distinction entre l'enfant reconnu et celui qui est tenu pour reconnu.

139 *bis.* — L'affirmative me semble préférable ; elle est aujourd'hui presque universellement admise. En effet :

1° L'acte qui est *tenu pour reconnu* produit, aux termes de l'art. 1322, le même effet que celui qui est reconnu : donc l'enfant qui est tenu pour reconnu doit avoir les mêmes droits que l'enfant reconnu.

2° L'art. 338, qui pose le principe que les enfants naturels reconnus succèdent à leur père ou mère est placé sous cette rubrique : *De la reconnaissance des enfants naturels.* Or, le mot *reconnaissance* est ici générique : il comprend tout à la fois la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire. Donc l'art. 338 s'applique à tous les enfants naturels *volontairement* ou *judiciairement* reconnus.

3° Les mots *légalement reconnus*, employés par l'art. 756, se

retrouvent dans d'autres textes, où il est évident qu'ils ont un sens général, notamment dans les art. 158 et 383 : donc l'art. 756 est applicable aux enfants *volontairement* ou *judiciairement* reconnus.

4° La reconnaissance volontaire ne présente pas plus de garantie que la reconnaissance judiciaire : car, si celle-ci peut être le résultat d'une erreur, la première peut être une adoption imparfaite déguisée sous l'apparence d'une reconnaissance. La loi d'ailleurs tient toujours pour constant le fait dont l'existence a été reconnue par un jugement passé en force de chose jugée.

5° Si la loi eût voulu introduire une distinction aussi fondamentale entre les enfants *volontairement* et les enfants *judiciairement* reconnus, elle n'eût pas manqué de s'en expliquer formellement, ainsi qu'elle l'a fait à l'égard des enfants adultérins ou incestueux (1).

Les enfants naturels reconnus n'ont-ils aucun droit *du vivant* de leur père ou mère ?

140. — La loi, dit l'art. 756, ne leur accorde de droit sur les biens de leurs père et mère *décédés* que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. On a conclu de ces mots *père et mère* DÉCÉDÉS :

1° Que les enfants naturels ne succèdent qu'autant que leur filiation a été constatée *du vivant* de leur auteur. Cette doctrine est aujourd'hui universellement abandonnée. La loi n'exige qu'une seule chose : c'est que les enfants naturels aient été légalement reconnus, sans déterminer pour cela aucune époque. Or, bien que le jugement qui constate leur filiation soit postérieur au décès de leur auteur, il tient lieu néanmoins d'une reconnaissance volontaire, ainsi qu'il a été dit sous le n° 139 *bis*.

2° Qu'ils n'ont aucun droit *du vivant* de leur père ou mère, et qu'ainsi ils n'ont pas droit à *des aliments*. Mais cette conséquence est évidemment inadmissible. La loi, qui accorde le droit d'aliments aux enfants adultérins ou incestueux (voy. le n° 168), n'a pas pu le refuser aux enfants légalement reconnus ! Si elle suppose ici les pères et mère *décédés*, la raison en est bien simple : c'est qu'elle règle, non pas une question d'*aliments*, mais une question de *succession*. J'ajoute que la restriction résultant de la négative *ne* porte, non pas sur le mot *décédés*, mais sur les mots *légalement reconnus*.

Les enfants naturels succèdent-ils aux parents de leur père ou mère ?

141. — III. *Des parents auxquels succèdent les enfants naturels reconnus.* — La reconnaissance établit un lien de parenté entre l'enfant et le père ou la mère qui le reconnaît : l'enfant succède donc à ses père ou mère qui l'ont reconnu. La reconnaissance n'établit aucun rapport de parenté entre l'enfant et *les parents* du père ou de la mère qui le reconnaît : il ne succède donc pas *aux parents* de ses père et mère. Toutefois, la loi établit une relation de parenté entre les enfants reconnus par le même père ou la même

(1) MM. Val.; Dur., t. III, n° 255 ; Dem., t. III, n° 74 *bis*, IV ; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 508; Demol., t. II, n° 13 *bis*.

mère : aussi existe-t-il entre eux un droit réciproque de succession ; nous l'étudierons sous l'art. 766.

Art. 757 et 758.

142. — IV. *Des parents avec lesquels ils concourent et des personnes qu'ils excluent.* — Ils concourent avec les parents légitimes du *de cujus*. A défaut de parents au degré successible, ils excluent son conjoint ou l'Etat, et succèdent alors pour le tout.

Avec quels parents concourent-ils ?

Quelles personnes excluent-ils ?

143. — V. *De la portion de biens qui leur est dévolue quand ils concourent avec des parents légitimes.* — Ils ne succèdent jamais pour le tout, quand le *de cujus* a laissé des parents légitimes : leur droit est alors limité à une *fraction de ce qu'ils auraient eu s'ils eussent été légitimes*. Cette fraction varie suivant la *qualité* des parents avec lesquels ils concourent : c'est le *tiers* si le défunt a laissé des descendants légitimes, la *moitié* s'il a laissé des ascendants ou des frères ou sœurs, les *trois quarts* s'il a laissé des collatéraux.

Quelles distinctions faut-il faire pour régler leur droit ?

Fixons-nous bien sur le sens exact de ces mots : *s'il a laissé* des enfants légitimes, *s'il a laissé* des ascendants... Il faut, pour tarifer la portion des enfants naturels, considérer, non pas la qualité des parents qu'a *laissés* le défunt, mais seulement la qualité des parents qui *viennent à sa succession*, qui sont *ses héritiers*, avec lesquels les enfants naturels concourent. Ainsi les parents qui lui ont survécu, mais qui ont été exclus de sa succession comme indignes, ou qui y ont renoncé, ne comptent pas : car, aux termes de l'art. 785, les parents qui renoncent sont, relativement à la succession, considérés comme n'existant pas : les choses se passent donc comme si le *de cujus* ne les avait pas laissés. Exemple. Le *de cujus* a laissé un enfant légitime, des ascendants, un collatéral autre que frère ou sœur, et un enfant naturel : si le fils légitime accepte et n'est pas indigne, l'enfant naturel concourt avec lui, il prend *un tiers* de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. Le fils légitime renonce-t-il à la succession : l'enfant naturel se trouve alors en concours avec les ascendants, il prend *la moitié* de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. Les ascendants renoncent-ils : l'enfant naturel, alors en concours avec le collatéral, prend *les trois quarts*. Enfin, si le collatéral renonce également, l'enfant naturel, n'étant plus en concours avec personne, a droit *au tout* (1).

Quelle est la part de l'enfant naturel en concours avec les descendants légitimes de son père ou de sa mère ?

Quid, s'il concourt avec deux enfants légitimes ?

Avec un seul enfant légitime ?

Avec les enfants d'un fils légitime prédécédé ?

Avec les enfants d'un fils légitime renonçant ou indigne ?

144. — Reprenons chacune des hypothèses prévues par la loi. *Concours de l'enfant naturel avec des descendants légitimes.* — Sa part est *le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime*. Le défunt a laissé deux fils légitimes, un fils naturel et 9,000 francs : l'enfant naturel, s'il eût été légitime, eût été héritier pour un tiers de la succession ; comme enfant naturel, il ne prendra qu'un tiers de ce tiers, c'est-à-dire un neuvième, 1,000 fr. — Le défunt a laissé un fils légitime et un enfant naturel : celui-ci aurait eu droit à *la moitié* de la succession s'il eût été légitime ; comme enfant na-

(1) MM. Val.; Dur., t. VI, n° 285; Marc., art. 757; Zach., Aub et Rau, t. V, p. 103; Dem., t. III, n° 75 *bis*, I; Demol., n° 54.

turel, son droit est restreint au tiers de cette moitié, c'est-à-dire à un sixième. — Le défunt a laissé des enfants légitimes d'un fils prédécédé et un enfant naturel : l'espèce est la même que la précédente, car les enfants du fils prédécédé représentent leur père.

145. — Changeons l'espèce. Le défunt a laissé un fils légitime qui a des enfants, et un fils naturel; le fils légitime renonce à la succession, ou il en est exclu comme indigne : l'enfant naturel a droit au tiers de la succession entière. En effet, s'il eût été légitime, il aurait exclu les enfants de son frère renonçant ou indigne, et, par conséquent, il aurait eu toute la succession (1).

Comment se calcule sa part lorsqu'il existe des enfants légitimes et plusieurs enfants naturels ?

146. — Ce système ne présente aucune difficulté, lorsqu'il n'existe *qu'un seul* enfant naturel en concours avec un ou plusieurs descendants légitimes. Il n'en est pas de même dans l'hypothèse contraire. Le défunt a laissé un fils légitime, six enfants naturels, et 21,000 fr. : quelle sera la part de l'enfant légitime, et quelle sera celle de chacun des six enfants naturels? Voici le système qu'a toujours suivi la jurisprudence :

On recherche quelle serait la part qu'aurait chacun des enfants naturels *s'ils étaient tous légitimes*, et chaque enfant naturel retient le tiers de la portion que ce calcul lui donne ; les deux autres tiers, qu'on enlève à chacun d'eux, restent dans la succession légitime et régulière. Dans l'espèce, si les six enfants naturels en concours avec l'enfant légitime étaient légitimes comme lui, chacun d'eux aurait droit à 3,000 fr. ; mais, comme ils ne sont que naturels, chacun d'eux ne conserve que le tiers de sa portion, c'est-à-dire 1,000 fr. Les deux tiers que leur qualité d'enfants naturels les empêche d'acquérir, c'est-à-dire les 2,000 fr. qu'on leur enlève, à chacun sont attribués à l'enfant légitime. Celui-ci prend donc 15,000 fr.et chaque enfant naturel 1,000 fr.

147. — Cette manière d'appliquer le principe que les enfants naturels en concours avec des descendants légitimes ont droit *au tiers de la portion qu'ils auraient eue s'ils eussent été légitimes* est d'une grande simplicité. Mais elle a un vice essentiel : dans ce système, en effet, chaque enfant naturel est traité *aussi rigoureusement* que s'il concourait *réellement* avec six enfants légitimes. En définitive, on ne lui donne pas le *tiers* de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. En effet, chacun des enfants naturels peut dire: Si j'étais légitime, je profiterais, pour une portion, des retranchements qu'on fait subir à chacun de mes frères naturels ; j'ai droit, en ma qualité d'enfant naturel, au tiers de la portion que m'attribuerait cette qualité d'enfant légitime, si je l'avais réellement. Dans le système qu'on m'oppose, l'enfant légitime acquiert, *pour le tout*, le bénéfice de ces retranchements : en somme, je n'ai donc pas *le tiers de la portion qui me serait attribuée si j'étais légitime.*

En présence de cette difficulté, les jurisconsultes se sont effor -

(1) MM. Val.; Dem., n° 74 *bis*, IV; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 103 ; Marc., art. 757; Demol., n° 66.

cés de trouver un mode de calcul en harmonie avec le principe de l'art. 757. Plusieurs systèmes ont été présentés. Mais, a-t-on dit, il n'en est aucun qui n'ait ses imperfections. Sans doute l'interprétation à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence ne marche point d'accord avec les termes de la loi. Néanmoins c'est bien celle qui, à la simple lecture du texte, se présente le plus naturellement à l'esprit ; or, le sens qui s'offre naturellement à l'esprit, lorsqu'on lit la loi, est rarement inexact : car le législateur ne s'exprime pas de manière à n'être compris que des jurisconsultes expérimentés. Le plus sûr est donc, en définitive, de s'en tenir au système qui a été suivi jusqu'à ce jour. — Cette opinion est généralement suivie (1).

Quelle est la part de l'enfant naturel en concours, soit avec les ascendants, soit avec les frères et sœurs du *de cujus?*

148. — *Concours des enfants naturels, soit avec des ascendants seulement, soit avec des frères et sœurs seulement, soit enfin avec des ascendants et des frères et sœurs du* DE CUJUS. — La part des enfants naturels en concours avec des *enfants légitimes* est plus ou moins forte, suivant que le nombre des enfants légitimes est plus ou moins grand : elle est du sixième, du neuvième, du douzième de la succession, suivant qu'ils concourent avec un, deux ou trois enfants légitimes (voy. les nos 144 et 145).

Ici elle est invariable. Les enfants naturels, quel que soit leur nombre, et quel que soit aussi le nombre des ascendants ou des frères et sœurs avec lesquels ils concourent, prennent la moitié de la portion à laquelle ils auraient droit s'ils étaient légitimes, c'est-à-dire la *moitié de la succession :* car, s'ils étaient légitimes, la succession entière leur serait dévolue.

Quelle est-elle : 1° lorsqu'il concourt avec des collatéraux autres que frères et sœurs ?

149. — *Enfants naturels en concours avec des collatéraux autres que frères et sœurs.* — Ici, encore, leur part est invariable. Elle est, quel que soit le nombre des collatéraux avec lesquels ils concourent, des trois quarts de la portion qui leur serait attribuée s'ils étaient légitimes, c'est-à-dire *des trois quarts de la succession:* car, s'ils étaient légitimes, ils auraient droit à la succession entière (2).

(1) MM. Dur., t. VI, nos 275 et suiv.; Dem., t. III, no 75 *bis*, IV et V; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 104; Marc., art. 757; Demol., no 67.

(2) Un système fort ingénieux a été, sur la 1re hypothèse de notre art. 757, proposé par M. Gros (*Recherches sur les droits succ. des enf. nat.*, p. 33 et suiv.). En voici le résumé. — La loi s'est expliquée sur le cas où il existe *un seul* enfant naturel en concours avec un ou plusieurs enfants légitimes; elle est, au contraire, absolument muette sur le cas où *plusieurs* enfants naturels concourent avec un ou plusieurs enfants légitimes. Il y a donc une lacune, il faut la combler. Mais comment, par quel moyen? La raison de droit nous l'indique, par l'*esprit* de la loi! La pensée qu'elle nous révèle en réglant l'hypothèse qu'elle a spécialement prévue doit naturellement nous servir de fil conducteur dans toutes les hypothèses qu'elle n'a pas expressément réglées.

Cela posé, voyons quelle est la règle qu'elle nous donne dans l'espèce qu'elle a prévue.

Un enfant naturel est en concours avec un enfant légitime : quelle part lui attribue-t-elle? Le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime lui-même. En cette qualité, il aurait eu droit à la moitié de la succession : c'est donc le

150. — Il se peut que le *de cujus* ait laissé des ascendants dans une ligne et des collatéraux dans l'autre : quelle est alors la part de l'enfant naturel? La succession dévolue à des ascendants ou à des collatéraux se divisant en deux fractions égales (art. 733), on peut dire, dans l'espèce, qu'il y a deux successions, l'une dévolue

2° Lorsque le *de cujus* a laissé des ascendants dans une ligne et des collatéraux dans l'autre?

tiers de la moitié, c'est-à-dire le sixième de la succession, qui forme sa part. Les cinq autres sixièmes restent à l'enfant légitime.

Ainsi, lorsqu'*un seul* enfant naturel concourt avec un seul enfant légitime, le rapport que la loi établit entre les parts attribuées à chaque enfant est de *un à cinq*.

Ce rapport étant connu, il faut, pour être logique et rester dans la pensée de la loi, le conserver, *quel que soit le nombre des enfants naturels en concours avec un seul enfant légitime*. Et, en effet, si, lorsqu'un enfant naturel concourt avec un enfant légitime, la succession se partage en six parties, dont une pour l'enfant naturel et cinq pour l'enfant légitime, pourquoi, dans l'hypothèse du concours de *deux* enfants naturels avec un enfant légitime, ne pas partager la succession en sept parties, dont une pour chacun des deux enfants naturels, et cinq pour l'enfant légitime? De cette manière, la supériorité de l'enfant légitime sur chacun de ses frères naturels sera marquée, *ainsi que le veut la loi*, par le rapport de *un à cinq*.

Soient *trois* enfants naturels et un enfant légitime : nous ferons huit parts; chaque enfant naturel en prendra une, les cinq autres parts resteront à l'enfant légitime.

Ainsi, peu importe le nombre des enfants naturels : la succession doit dans tous les cas être partagée de manière que la part de l'enfant légitime soit toujours cinq fois aussi forte que celle qui est donnée à chacun de ses frères.

En d'autres termes et pour résumer, la succession doit se diviser en six, en sept, en huit ou en neuf parts..., suivant que l'enfant légitime concourt avec un, avec deux, avec trois ou avec quatre enfants naturels... Chaque enfant naturel prend une part; le surplus, c'est-à-dire les cinq sixièmes, les cinq septièmes, les cinq huitièmes ou les cinq neuvièmes..., reste à l'enfant légitime. De cette manière, le rapport entre la part attribuée à l'enfant légitime et celle des enfants naturels est toujours de *cinq à un*.

Si nous supposons plusieurs enfants légitimes et plusieurs enfants naturels, le procédé à suivre est toujours le même. On détermine le rapport existant entre la part de chacun des enfants légitimes et la part de l'enfant naturel, *à supposer qu'il fût seul*. Le rapport étant établi, on le maintient entre la part attribuée à chacun des enfants légitimes et celle qui est attribuée à chacun des enfants naturels.

L'enfant naturel en concours avec deux enfants légitimes prend le tiers de la portion à laquelle il aurait droit s'il était légitime, c'est-à-dire le tiers d'un tiers ou le neuvième. La succession étant divisée en neuf parties, l'enfant naturel en prend une; les huit autres restent aux deux enfants légitimes qui en reçoivent chacun quatre. Le rapport entre la part de l'enfant naturel et celle que la loi attribue à chacun des deux enfants légitimes est de *un à quatre*; chacun des enfants légitimes reçoit quatre fois autant que l'enfant naturel.

Ce rapport, établi une fois pour toutes, doit être conservé, quel que soit le nombre des enfants naturels. Soient deux enfants légitimes et deux enfants naturels : la succession se divisera en dix parties; chaque enfant naturel en prendra une, chaque enfant légitime en prendra quatre. Suppose-t-on deux enfants légitimes et trois enfants naturels : la succession, au lieu d'être fractionnée en dix parties, le sera en onze, une pour chaque enfant naturel, quatre pour chaque enfant légitime. Ainsi de suite... de manière que le rapport établi par la loi dans le cas où il n'existe qu'un enfant naturel en concours avec plusieurs enfants légitimes soit toujours maintenu entre la part afférente à chacun des enfants légitimes et celle des enfants naturels.

— M. Valette, qui a suivi ce système, l'a généralisé : il en a fait l'applica-

aux ascendants, l'autre aux collatéraux, et qu'ainsi chacune d'elles doit être régie, en ce qui touche l'enfant naturel, par les règles qui lui sont propres. Dans ce système, l'enfant naturel prend la moitié de la succession dévolue aux ascendants et les trois quarts de celle qui est attribuée aux collatéraux (1).

3° Lorsqu'il n'a laissé des parents que dans une ligne?

151. — Il se peut aussi qu'il y ait des parents dans une ligne et qu'il n'y en ait pas dans l'autre : dans ce cas, l'enfant naturel ne peut pas prétendre que la part afférente à la ligne où il n'y a pas de parents lui appartient en totalité, conformément à l'art. 758, et qu'il a droit, conformément à l'art. 757, à la moitié ou aux

tion au cas où plusieurs enfants naturels concourent soit avec des ascendants ou des frères et sœurs, soit avec des collatéraux.

Supposons un seul enfant naturel en concours soit avec un ou plusieurs ascendants, soit avec un ou plusieurs frères ou sœurs du défunt : la loi, qui prévoit cette hypothèse, accorde à l'enfant naturel *la moitié de la succession*. Il a donc, à lui seul, autant que les ascendants ou les frères et sœurs avec lesquels il concourt. Cette proportion, étant donnée, doit régir, car il n'y a aucune raison de s'en écarter, toutes les hypothèses que la loi ne prévoit pas, c'est-à-dire tous les cas où *plusieurs* enfants naturels concourent avec des ascendants ou avec des frères et sœurs du défunt. D'où cette conséquence : lorsque plusieurs enfants naturels concourent avec des ascendants ou avec des frères et sœurs, la succession doit être partagée de manière que chaque enfant ait, à lui seul, une part égale à celle qui est attribuée aux ascendants ou aux frères et sœurs pris collectivement. Soient plusieurs ascendants et *deux* enfants naturels : la succession se divisera en trois parties : chaque enfant naturel en prendra une, la troisième sera attribuée aux ascendants réunis. Si nous supposons *trois* enfants naturels, on fera quatre parts : chaque enfant naturel en prendra une, la quatrième restera entre les mains des ascendants ou des frères et sœurs qui la partageront entre eux. En d'autres termes, les ascendants ou les frères et sœurs, *en quelque nombre qu'ils soient*, comptent pour une tête, et le partage se fait par égales portions. La loi, en effet, a établi ce principe d'égalité pour le cas où il n'existe qu'un seul enfant naturel: pourquoi s'en écarter lorsqu'il en existe plusieurs?

Le même procédé devra servir à régler le concours de plusieurs enfants naturels avec un ou plusieurs collatéraux autres que les frères ou sœurs du défunt. Lorsqu'un seul enfant naturel est en présence des collatéraux, la loi lui attribue *les trois quarts de la succession;* les collatéraux, *en quelque nombre qu'ils soient*, n'ont que le quart restant. Pourquoi ne pas suivre le même rapport, dans le cas où il existe plusieurs enfants naturels? N'est-ce pas entrer dans l'esprit de la loi que partager la succession de manière que chaque enfant naturel ait toujours à lui seul trois fois autant que tous les collatéraux réunis? Soient deux enfants naturels et des collatéraux : la succession étant partagée en sept parties, chaque enfant naturel en prendra trois, la septième restera dans les mains des collatéraux.

Ainsi, tout ce système se résume en cette idée : maintenir, dans toutes les hypothèses, le rapport que la loi a établi pour le cas où il n'existe qu'un seul enfant naturel.

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 75 *bis*, IX. — En sens contraire, MM. Dur., t. VI, n° 287; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 107; Duc., Bonn. et Roust., t. III, n° 515; Demol., n° 76. — Suivant ces derniers auteurs, l'enfant naturel ne prend, dans l'espèce, que la moitié de la succession considérée en masse. La division de la succession entre les deux lignes est étrangère à l'enfant naturel. Dans ce système, les collatéraux de la ligne où il n'y a point d'ascendant profitent de l'existence des ascendants de l'autre ligne pour obtenir contre l'enfant naturel une portion plus avantageuse que celle qui leur serait attribuée par leur propre qualité.

trois quarts de la portion afférente à l'autre ligne. Il ne le peut pas, parce que, dans l'espèce, la portion afférente à la ligne qui ne compte pas de parents étant, par droit de dévolution, attribuée à l'autre ligne (art. 733 et 755), on ne peut plus dire qu'il y a *deux* successions.

L'enfant naturel en concours avec les enfants d'un frère prédécédé ou renonçant a-t-il droit à la moitié ou aux trois quarts des biens ?

152. — Reste une question à examiner. Le *de cujus* a laissé les enfants d'un frère prédécédé ou renonçant et un enfant naturel : dans quelle classe placerons-nous les neveux ou nièces du *de cujus* ? Dans la classe des frères ou sœurs, ou dans celle des collatéraux ordinaires ? L'enfant naturel en concours avec eux aura-t-il *la moitié* ou aura-t-il *les trois quarts* des biens ?

A ne consulter que le texte de l'art. 757, on devrait ranger les neveux ou nièces dans la classe des collatéraux ordinaires : car, après avoir dit que l'enfant naturel a droit à la moitié de la succession quand il concourt avec des frères ou sœurs, la loi n'ajoute pas, ainsi qu'elle le fait toujours en matière de succession régulière : *ou descendants d'eux.*

Mais il ne faut voir là qu'un oubli. L'esprit de la loi est de donner aux enfants des frères et sœurs les mêmes droits qu'aux frères et sœurs : car, dans tous les articles qui précèdent (748, 749, 750, 753), ils sont toujours mis sur la même ligne : on les voit partout figurer, comme eux, dans le second ordre, soit qu'ils viennent de leur chef, soit qu'ils viennent par représentation. Les mêmes principes doivent être suivis dans l'espèce : en effet, si la succession est irrégulière à l'égard de l'enfant naturel, elle est, au contraire, régulière à l'égard des parents légitimes avec lesquels il concourt. — On serait d'ailleurs conduit, dans le système contraire, à des résultats absurdes. Les neveux et nièces, qui, dans la succession ordinaire, excluent les ascendants autres que le père ou la mère, se trouveraient, au cas dont il s'agit, dans une condition inférieure à celle que la loi fait à ceux auxquels elle les préfère. Le défunt laisse un grand-père, un neveu et un enfant naturel : si le neveu, *qui exclut l'ascendant*, était rangé dans la classe des collatéraux ordinaires, l'enfant naturel avec lequel il concourt recueillerait les *trois quarts* de la succession. Supposons, maintenant, le neveu renonçant : l'enfant naturel, alors en concours avec l'ascendant, ne prendrait plus que la moitié de la succession. Évidemment ce résultat est inadmissible : celui que la loi préfère à l'ascendant ne peut pas prendre moins que lui (1).

Art. 759.

L'enfant naturel reconnu peut-il être représenté par ses enfants ? Par quels enfants peut-il l'être ?

153. — VI. *De la représentation de l'enfant naturel par ses enfants.* — Lorsque l'enfant naturel est décédé avant son père ou sa mère, *ses enfants* sont appelés à prendre les droits qu'il aurait eus s'il eût survécu. Mais, quoique l'art. 759 ne distingue pas, il est évident que sa disposition n'est applicable qu'aux enfants *légitimes* du fils naturel prédécédé. Il faut, en effet, pour

(1) MM. Dur., t. VI, n° 228; Val.; Dem., t. III, n° 75 *bis*, VII; Duc., Bonn. et Roust., art. 757; Demol., n° 75 ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 105 et 106.

être habile à succéder, *être parent légitime* ou parent naturel *reconnu* de celui à la succession duquel on prétend ; or, si les enfants *légitimes* d'un enfant naturel reconnu se rattachent, par un lien de parenté, à la personne qui a reconnu leur père ou leur mère, il n'en est pas de même de ceux qui ne sont pas issus d'un mariage légitime : les enfants naturels reconnus n'entrent point dans la famille de leur père ou de leur mère, ils restent étrangers à toute personne autre que celle qui les a reconnus (article 756) (1).

Les enfants légitimes d'un fils naturel ne peuvent-ils succéder à leur aïeul que par le secours de la représentation ?

Quid, si leur père, qui a survécu au *de cujus*, a renoncé à la succession ?

154. — C'est « en cas de *prédécès* de l'enfant naturel que ses descendants légitimes sont appelés à réclamer ses droits. » Faut-il en conclure qu'ils ne peuvent succéder que *par le secours de la représentation ;* qu'ils n'ont, *de leur chef*, aucun droit à la succession, si leur père, qui a survécu au *de cujus*, y a renoncé, ou s'il en a été écarté comme indigne ? Je dis qu'ils sont habiles à succéder, soit par représentation, soit de leur chef. L'art. 759 n'est qu'énonciatif; il statue sur le *plerumque fit*. Du moment que la loi les appelle à *représenter* leur père, elle les considère comme habiles à succéder *de leur chef :* car, ainsi que je l'ai dit, il faut, pour être habile à succéder par représentation, avoir une vocation propre et personnelle à la succession du *de cujus* (voy. les nos 90 et suiv.) (2).

L'enfant naturel reconnu concourt-il toujours avec les enfants légitimes du *de cujus*? exclut-il toujours le conjoint ?

Quid, si le *de cujus* a laissé des ascendants ou des collatéraux, son conjoint, et un enfant naturel qu'il a reconnu après s'être marié ?

155. — VII. *Exception au droit qu'a l'enfant naturel reconnu de concourir avec les enfants légitimes du* DE CUJUS, *et, à défaut de parents légitimes, d'exclure son conjoint.* — L'enfant qu'un des conjoints a eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, peut être valablement reconnu pendant le mariage ; mais sa reconnaissance *ne peut nuire ni au conjoint de celui qui l'a faite, ni aux enfants légitimes issus du mariage* (voy. l'explic. de l'art. 337).

Il résulte de là : 1° que, si le *de cujus* a laissé des enfants légitimes, l'enfant naturel reconnu n'a pas le droit de concourir avec eux ; 2° que, s'il n'a laissé aucun parent au degré successible, son conjoint exclut l'enfant naturel au lieu d'être exclu par lui. — Mais, si le *de cujus* a laissé des ascendants ou des collatéraux, l'enfant naturel concourt avec eux : car, dans ce cas, le conjoint, étant exclu par les ascendants ou par les collatéraux, est parfaitement désintéressé.

Art. 757.

Quel droit l'enfant naturel acquiert-il sur les biens de la succession?

156. — VIII. *De la nature du droit des enfants naturels reconnus.* — La première rédaction de l'art. 757 portait : « Les enfants naturels ont sur les biens de leur père décédé *un droit de créance.* » Mais, sur l'observation du consul Cambacérès, le mot *créance* fut effacé, il ne resta plus que le mot *droit*. Quel droit ont donc les enfants naturels reconnus ? Ont-ils un droit de *créance* ou un droit de *propriété ?*

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 108 ; Marc., art. 759; Dem., t. III, n° 78 *bis*, II; Duc., Bonn. et Roust., art. 759 ; Demol., n° 88.

(2) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 109; Dem., t. III, n° 78 *bis*, I; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 517; Demol., n° 68.

Je n'hésite pas à dire qu'ils ont un véritable *droit de succession*, non point légitime sans doute, mais irrégulière, et qu'ainsi ils deviennent, comme tout autre successeur, *propriétaires* des biens qui leur passent. Et, en effet, qu'obtiendraient-ils s'ils étaient légitimes? un droit *de propriété!* Or, comme enfants naturels, ils ont une fraction du droit qui s'ouvrirait à leur profit s'ils étaient légitimes. — L'époux qui succède à défaut d'enfant naturel reconnu acquiert un droit de *propriété* (art. 767) : donc, *à fortiori*, le même droit appartient aux enfants naturels, puisqu'ils sont plus favorisés que le conjoint. — Aux termes de l'art. 711, la propriété s'acquiert *par succession;* or, cet article ne distingue pas entre les successions légitimes et les successions irrégulières.

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que l'enfant naturel acquiert sur les biens de la succession un droit de *propriété?*

157. — Du principe que l'enfant naturel acquiert en sa qualité de successeur irrégulier la propriété des biens de son père décédé, il suit : 1° qu'il peut réclamer sa part *en nature* dans les biens qui composent la succession; 2° qu'il peut revendiquer, jusqu'à concurrence de sa part, les immeubles que ses cohéritiers ont aliénés et qui sont actuellement possédés par des tiers; 3° qu'il peut faire tomber les hypothèques ou servitudes constituées par ses cohéritiers sur les biens mis dans son lot (1).

Art. 760.

Quelle obligation est imposée à l'enfant naturel qui a reçu du défunt des dons ou des legs?

158. — IX. *Obligation pour l'enfant naturel, d'imputer, sur sa part* ab intestat, *les dons que lui a faits le* DE CUJUS. — Lorsqu'une succession est dévolue à des héritiers légitimes, la masse partageable entre eux ne comprend pas seulement les biens qu'a laissés le *de cujus;* elle comprend de plus les biens dont il avait disposé par donation ou legs au profit de ses héritiers. Chaque héritier est, en effet, tenu de *rapporter*, c'est-à-dire de *remettre*, à la masse des biens à partager, ceux que le défunt lui avait donnés ou qu'il lui a légués (art. 843).

« Quant aux enfants naturels, ils sont tenus d'*imputer*, sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du *de cujus*, et qui serait sujet *à rapport*, d'après les règles établies en matière de successions régulières. » Ainsi, les héritiers légitimes *rapportent* les choses qu'ils ont reçues du défunt par donation ou legs; les enfants naturels les *imputent* sur la part qui leur revient dans la succession.

Comment se fait le règlement de l'imputation? Se fait-il eu égard seulement aux biens *laissés* par le défunt, ou sur sa part calculée en raison des biens laissés par le défunt y compris les biens que le défunt a donnés, tant à l'enfant naturel qu'aux parents légitimes avec lesquels il concourt?

159. — Comment se fera le règlement de l'imputation? Se fera-t-il sur la part de l'enfant naturel, calculée eu égard aux biens *laissés* par le défunt, ou se fera-t-il sur sa part calculée eu égard aux biens laissés par le défunt y compris les biens que le défunt a donnés, tant à son enfant naturel qu'à ses parents légitimes? Le résultat sera bien différent, suivant qu'on adoptera le premier ou le deuxième mode d'opérer :

Le défunt a laissé 18,000 fr., un enfant légitime et un enfant naturel, auquel il a donné, par acte entre-vifs, 3,000 fr. — Pre-

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 74 *bis*, II; Dur., t. VI, n° 269; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 367; Marc., art. 756; Demol., n°s 27 et suiv.

mier mode d'opérer : la masse à partager entre les deux frères est de 18,000 fr. Si l'enfant naturel était légitime, il aurait droit à 9,000 fr. ; comme enfant naturel, il n'a droit qu'au tiers de cette somme, c'est-à-dire à 3,000 fr. Il doit *imputer*, sur cette part, les 3,000 fr. qu'il a reçus : il n'a, par conséquent, rien à prétendre dans la succession : son droit se réduit aux 3,000 fr. que le défunt lui a donnés. — Deuxième mode d'opérer. Aux 18,000 fr. laissés par le défunt, on réunit fictivement les 3,000 fr. qu'a reçus l'enfant naturel, ce qui donne une masse partageable de 21,000 fr. Si l'enfant naturel était légitime, il aurait droit à 10,500 fr.; comme enfant naturel, sa part est réduite au tiers de cette somme, c'est-à-dire à 3,500 fr. Mais, comme déjà il a reçu 3,000 fr., il les retient, par imputation sur ce qui lui revient, et prend, sur les biens laissés par le défunt, 500 fr. qui complètent sa part.

160. — Lequel de ces deux systèmes faut-il accepter? Le dernier, évidemment! Le premier ne donne pas à l'enfant naturel *le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime*. Que se passerait-il, en effet, si l'enfant naturel était réellement légitime? Les 3,000 fr. qu'il a reçus seraient fictivement réunis aux 18,000 fr. que le défunt a laissés, ce qui donnerait une masse partageable de 21,000 fr., dont il prendrait la moitié, 10,500 fr. Comme enfant naturel, il a droit au tiers de cette part ainsi déterminée, c'est-à-dire à 3,500 fr. C'est donc sur cette part de 3,500 fr. qu'il doit imputer les 3,000 fr. que lui a donnés le *de cujus*.

L'enfant naturel peut-il exiger que les parents légitimes avec lesquels il concourt rapportent les biens que le défunt leur a donnés ou légués?

La même raison me fait décider que l'enfant naturel peut aussi exiger que les parents légitimes avec lesquels il concourt rapportent les biens que le défunt leur a donnés ou légués. Il le pourrait s'il était réellement légitime; s'il était légitime, il aurait sa part des biens rapportés : dès lors il a droit de profiter, comme enfant naturel, dans la limite d'un tiers, du rapport auquel il aurait droit comme enfant légitime.

Ainsi, les dons qu'a reçus l'enfant naturel s'imputeront sur sa part *ab intestat*, calculée eu égard aux biens laissés par le défunt, y compris ceux dont il a disposé à titre gratuit soit au profit de son enfant naturel, soit au profit de ses autres héritiers.

Mais, dit-on, *le rapport* n'est dû que par le *cohéritier* à son *cohéritier* (art. 857); or, l'enfant naturel n'est pas *héritier* (art. 756): donc le rapport ne lui est pas dû! Je réponds qu'il ne faut pas s'attacher rigoureusement au sens juridique du mot *héritier* : la loi, en effet, l'emploie souvent elle-même dans un sens pratique, c'est-à-dire dans un sens général, pour désigner toute personne qui succède en vertu de la loi (art. 317, 729, 778, 780, 815, 841, etc.). L'art. 857 explique d'ailleurs en quel sens sa formule doit être entendue : car le mot *cohéritier* y est pris par opposition aux *créanciers* de la succession et aux *légataires*, qui ne peuvent ni demander le rapport, ni en profiter quand il est effectué. Enfin, si le mot *cohéritier* qu'emploie cet art. 857 devait être pris dans le sens que je réfute, il faudrait aller jusqu'à dire, ce qui serait

absurde, que, le défunt n'ayant laissé que des enfants naturels, le rapport n'est pas dû, lors même que l'un d'eux a reçu une libéralité considérable, tandis que ses frères n'ont rien reçu (1).

L'*imputation* diffère-t-elle du *rapport* proprement dit?

161. — Demandons-nous maintenant si l'*imputation* et le *rapport* proprement dit sont deux choses de nature différente? et, si les règles qui les régissent ne sont pas les mêmes, en quoi consiste la différence?

Sur ce point, le système que je crois le plus conforme, sinon au texte, du moins à l'esprit de la loi, c'est qu'en principe, l'*imputation* n'est autre chose qu'un *rapport* proprement dit.

La loi, en effet, fixe les droits de l'enfant naturel à une fraction de la *portion qu'il aurait eue s'il eût été légitime:* ses droits doivent donc être déterminés d'après les règles qui régissent le rapport proprement dit. Ce qui prouve que la loi est conçue dans cet esprit, c'est qu'aux termes de l'art. 760, *les mêmes choses qui sont rapportables dans les successions ordinaires sont imputables en matière de successions irrégulières* (art. 843, 829, 852, 854 et 855).

Toutefois, la règle que les biens *rapportables* sont *imputables* est modifiée par cette autre règle : les enfants naturels ne peuvent recevoir, par donation ou par legs, *rien au-delà* de ce que la loi leur accorde au Titre *Des successions*. Ils ne peuvent donc pas recevoir, comme donataires ou légataires, plus qu'ils n'auraient eu en qualité de successeurs *ab intestat* (art. 908).

De là il suit : 1° qu'ils ne peuvent pas recevoir des libéralités par *préciput;* en d'autres termes, que les dons ou legs qu'ils ont reçus sont imputables, lors même qu'ils ont été faits avec dispense d'*imputation;* — 2° qu'ils sont tenus d'imputer, non-seulement ce qui leur a été donné ou légué, mais encore ce qui a été donné ou légué à leurs enfants, ou même à leur conjoint; — 3° que, si les descendants de l'enfant naturel succèdent à son défaut (art. 759), ils doivent rapporter ce qu'ils ont reçu, et aussi ce qu'a reçu leur père ou leur mère : dans l'un ou l'autre cas, le double rapport a lieu, parce qu'aux termes de l'art. 911, les libéralités faites aux descendants, au conjoint ou à l'ascendant d'un incapable, sont réputées faites à l'incapable lui-même.

Quelles différences y a-t-il entre l'imputation et le rapport?

162. — Voici donc en quoi le *rapport* et l'*imputation* diffèrent :

1° Les parents légitimes, donataires ou légataires, peuvent être *dispensés* du rapport (art. 843). — Les libéralités faites à un enfant naturel sont toujours imputables : elles ne peuvent pas lui être faites *par préciput*, c'est-à-dire avec *dispense* d'imputation.

2° Les parents légitimes ne rapportent pas ce qui a été donné ou légué à leurs enfants (art. 847), ou à leur conjoint (art. 849). — Les enfants naturels rapportent, non-seulement ce qu'ils ont reçu, mais encore ce qui a été donné ou légué à leurs enfants ou à leur conjoint.

(1) MM. Val.; Aubry et Rau, sur Zach., t. V, p. 372, 373; Marc., art. 760; Duc., Bonn. et Roust., même article; Demol., n° 96.

3° Les enfants légitimes d'un fils naturel, *quoique succédant de leur chef*, sont tenus de rapporter les dons faits à leur père, tandis que les descendants d'un fils légitime ne rapportent les dons que leur père a reçus que lorsqu'ils succèdent par représentation (art. 848).

L'imputation se fait-elle toujours *en moins prenant?* L'enfant naturel n'est-il pas, dans certains cas, de même qu'un héritier légitime, obligé de faire un rapport *en nature?*

163. — Sauf ces différences, les règles qui régissent le rapport sont applicables aux enfants naturels donataires ou légataires. Les choses données ou léguées soit à eux-mêmes, soit aux parents légitimes avec lesquels ils concourent, sont comptées dans la masse des biens partageables, et la part de chacun se détermine eu égard à cette masse ainsi composée. Le rapport se fait *en nature* ou *en moins prenant*, suivant les distinctions établies par les art. 859, 860 et 868.

En assimilant les biens *imputables* aux biens *rapportables* (article 760), la loi explique clairement que, dans sa pensée, le mot *imputer* est synonyme du mot *rapporter*.

164. — En résumé, l'art. 760 s'explique par l'art. 908, dont il n'est qu'un corollaire. L'enfant naturel ne peut, par donation ou par legs, rien recevoir au-delà de ce que l'art. 757 lui accorde. De là la règle qu'il doit imputer le don qu'il a reçu sur ce qui lui revient dans la succession *ab intestat*. Sans cette imputation, en effet, il recevrait au-delà de la portion que l'art. 757 lui assigne. L'art. 760 doit donc être ainsi traduit : *les enfants naturels ne peuvent pas recevoir des libéralités par préciput*, c'est-à-dire des libéralités *dispensées de rapport*. « L'art. 760, dit au Tribunat M. Chabot, est une garantie que les enfants naturels n'auront pas plus que la loi ne permet de leur donner » (1).

La loi ne donne-t-elle point au père ou à la mère un moyen

165. — X. *Moyen que la loi offre au père ou à la mère d'un enfant naturel de l'écarter de la succession.* — Les parents légitimes

(1) Dans un autre système, on s'attache rigoureusement au sens grammatical du mot *imputer*. *Imputer*, dit-on, c'est, non pas faire un rapport *en nature*, remettre dans la succession les biens qu'on tient du défunt, mais tenir compte de la valeur qu'ils avaient *au moment de la donation* et précompter cette valeur sur sa part; c'est, en un mot, faire un rapport *en moins prenant*. Quant aux donations de meubles, la théorie du rapport est semblable à celle de l'*imputation:* car les meubles se rapportent toujours *en moins prenant, d'après la valeur qu'ils avaient au moment de la donation* (art. 868). Il n'en est pas de même du rapport appliqué aux donations d'*immeubles*. Les immeubles, en effet, se rapportent *en nature:* le donataire n'a pas le droit de les conserver, sauf à en précompter la valeur sur sa part. La loi veut qu'ils soient réunis aux autres biens de la succession (art. 858) ; et quand, par exception, le rapport se fait comme l'imputation, c'est-à-dire *en moins prenant*, on considère la valeur qu'ils avaient, non pas au moment de la donation, mais au moment de l'ouverture de la succession (art. 860). Voy. Marc., art. 760 ; Duc., Bonn. et Roust., même article.

Ce système est inadmissible. Les jurisconsultes qui se donneront la peine de l'examiner dans toutes ses conséquences resteront convaincus qu'il aboutit à ce résultat, que l'enfant naturel ne reçoit point, en certains cas, le tiers, la moitié ou les trois quarts de la portion à laquelle il aurait droit s'il était légitime, tandis que, dans d'autres cs, il est mieux traité qu'il ne le serait s'il était réellement légitime.

voient toujours d'un œil défavorable un enfant naturel concourir avec eux au partage des biens du *de cujus*. Sa présence blesse leur susceptibilité. De là des altercations, des débats de famille, qu'un homme de bien doit s'efforcer de prévenir. La loi lui en fournit le moyen; mais l'exercice de cette faculté est soumis à certaines conditions. Il faut :

d'écarter de sa succession son enfant naturel ? Quel est ce moyen ? A quelles conditions est-il soumis ?

1° Que le père donne une portion de ses biens à son enfant naturel, au moins *la moitié* de la part que lui assignent les art. 757 et suivants;

2° Qu'il déclare expressément que l'enfant sera réduit à la portion de biens qu'il lui donne actuellement;

3° Que cette donation soit acceptée par l'enfant naturel. — Quelques personnes pensent que, si l'enfant refuse l'offre qui lui est faite, le père peut triompher de sa résistance par la voie judiciaire, c'est-à-dire par la voie des offres réelles, conformément aux art. 1257 et suivants. Cette opinion compte aujourd'hui peu de partisans. L'art. 761 suppose une libéralité *reçue* par l'enfant; or, une libéralité *reçue* est une libéralité *acceptée*. M. Siméon, dans son discours au Corps législatif, qualifie de *donation* l'opération qui intervient entre le père et l'enfant naturel; or, une donation ne peut pas se conclure sans qu'il y ait offre d'un côté et acceptation de l'autre (art. 932) (1).

Quid, si l'enfant refuse l'offre que lui fait son père? Celui-ci peut-il le forcer de l'accepter ?

Ainsi, l'enfant refuse-t-il l'offre qui lui est faite, rien n'est conclu : l'enfant conserve la plénitude de ses droits. L'accepte-t-il, tout est consommé : il a renoncé à son droit de succession, en échange des biens qu'il a reçus. Nous trouvons là une exception au principe qu'on ne peut pas traiter sur une succession future (art. 791, 1130).

4° Que la donation soit faite *du vivant* du père ou de la mère de l'enfant naturel, c'est-à- dire par acte entre-vifs, et non par testament. On conçoit le motif de cette disposition. La loi permet bien à l'enfant de renoncer à ses droits, mais c'est à condition que cette renonciation ne lui sera pas trop préjudiciable. Elle la permet quand il est investi *hîc et nunc* d'une portion des biens auxquels il a un droit *éventuel*, parce que cette anticipation de jouissance compense le préjudice que lui cause la réduction ; mais la réduction serait sans compensation si elle pouvait être faite par *testament*. Aussi est-elle nulle quand elle est faite de cette manière. Elle est nulle, même au cas où elle a été acceptée d'avance, c'est-à-dire du vivant du testateur : on ne peut, en effet, renoncer à une succession future qu'autant qu'on se place dans l'hypothèse où la loi autorise cette renonciation et qu'on satisfait aux conditions qu'elle exige pour sa validité.

Pourquoi la loi ne permet-elle point au père d'écarter son enfant au moyen d'une disposition testamentaire ?

166. — Ce n'est qu'au décès du disposant qu'il sera possible de savoir si la libéralité qu'a reçue l'enfant égale au moins

Quand saura-t-on si la libéralité reçue par l'enfant naturel

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 110; Marc., art. 761; Duc., Bonn. et Roust., même article; Dem., t. III, n° 80 *bis*, I; Demol., n° 105.

égale au moins la moitié de sa portion *ab intestat?*

la moitié de la portion qu'il aurait eue dans la succession *ab intestat*.

La libéralité est-elle supérieure, tant mieux pour l'enfant. Mais, bien entendu, il doit subir une réduction si elle excède la portion qu'il aurait eue *ab intestat* : car, aux termes de l'art. 908, il ne peut rien recevoir au-delà de ce qui lui est accordé par l'article 757.

Qui l, si elle est inférieure?

La libéralité est-elle inférieure : la convention intervenue entre le *de cujus* et son enfant naturel n'est pas annulée ; mais celui-ci a une action *en supplément*, à l'effet d'obtenir ce qui manque pour compléter la moitié qui aurait dû lui être donnée. L'enfant ne peut pas, du vivant de son père, renoncer à cette action en supplément : car, en matière de succession future, il n'y a de licite que ce que la loi permet expressément (art. 791, 1130).

En réalité, le père a-t-il un moyen d'écarter de sa succession son enfant naturel?

— Le droit ainsi accordé à l'enfant de réclamer le supplément nécessaire pour parfaire la moitié amène ce résultat bizarre, qu'en réalité le père ou la mère n'a aucun moyen d'écarter de sa succession son enfant naturel. Celui-ci, en effet, pour prouver qu'il a droit à un supplément, que la libéralité qu'il a reçue n'égale pas la moitié de sa portion *ab intestat*, doit établir le chiffre exact des biens laissés par le *de cujus*, ce qui ne peut se faire qu'à la condition d'assister aux levées des scellés, aux inventaires et aux estimations des biens, de prendre part, en un mot, aux opérations qui préparent le partage.

Qui profite de la renonciation faite par l'enfant naturel?

167. — La renonciation de l'enfant naturel à la succession de son père ou de sa mère profite aux parents qui seraient venus en concours avec lui s'il n'eût pas été écarté. Profitera-t-elle au conjoint, et, à défaut du conjoint, à l'État? Non, si le disposant avait, au moment où il a traité avec son enfant naturel, des parents au degré successible : car, dans cette hypothèse, il est évident que c'est uniquement dans un intérêt de famille, pour ne pas blesser la susceptibilité des siens, qu'il a entendu l'écarter de sa succession. Oui, dans l'hypothèse contraire : car alors il est certain que, s'il a voulu le réduire, c'est qu'il a implicitement entendu que son conjoint, ou, à défaut du conjoint, l'État, profiterait de la réduction. L'art. 761 prévoit expressément cette hypothèse, puisqu'il autorise la réduction de la part attribuée à l'enfant par les *articles précédents*, c'est-à-dire par l'art. 757, qui le suppose en concours avec les parents légitimes, et aussi par l'art. 758, qui l'appelle à l'exclusion du conjoint et de l'État (1).

Profite-t-elle au conjoint, et, à son défaut, à l'Etat?

Art. 762.

Quel droit la loi accorde-t-elle aux enfants adultérins ou incestueux?

168. — XI. *Des droits des enfants adultérins ou incestueux.* — Les enfants adultérins ou incestueux ne succèdent pas ; la loi ne leur accorde qu'une *créance d'aliments*. Les aliments leur sont dus par les *héritiers* de leur père ou de leur mère, et, à plus forte rai-

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 80 *bis*, IV. — MM. Marc. (art. 761), Duc., Bonn., Roust. (même article) et Demol. (n° 120), pensent, au contraire, que la réduction ne peut avoir lieu qu'en faveur de la famille légitime.

son, quoique la loi ne le dise pas, par leur père ou leur mère *vivants*.

Ils n'ont droit qu'à des aliments. Concluons-en que les donations ou legs qu'ils reçoivent de leur père ou de leur mère sont réductibles, conformément au principe de l'art. 908, toutes les fois que la libéralité dépasse les bornes d'une simple pension alimentaire.

Quels cas faut-il supposer pour l'application du principe que les enfants adultérins ou incestueux ont droit à des aliments ?

Ils ont droit à des aliments (art. 762)... Les libéralités que leur fait leur père ou leur mère sont nulles, lorsqu'elles n'ont point le caractère d'une simple pension alimentaire (art. 908)..... Cela suppose que leur filiation est légalement reconnue. Or, d'une part, la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux est nulle, aux termes de l'art. 335; d'autre part, la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse ne peut pas, aux termes de l'art. 342, être faite en justice. De là cette question, tant de fois débattue : Quels cas faut-il supposer pour l'application des art. 762 et 908? Si la filiation adultérine ou incestueuse n'est jamais *légalement* établie, quand donc un enfant peut-il, en qualité d'enfant adultérin ou incestueux, réclamer des aliments? Quand peut-on dire qu'une donation est nulle parce qu'elle est faite par un ascendant à son fils adultérin ou incestueux ?

169. — 1^er^ *système*. — La reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est *nulle* (art. 335, arg.). Dès lors elle ne peut être invoquée ni *par* ni *contre* l'enfant reconnu : ni par lui, à l'effet de réclamer des aliments, — ni contre lui, à l'effet de faire annuler les donations ou les legs qu'il a reçus. « L'officier civil, dit au Corps législatif M. Duveyrier, ne doit point recevoir la reconnaissance d'une filiation adultérine ou incestueuse. Si, malgré lui, il la reçoit, elle sera *nulle* : l'enfant qu'elle concernera n'en profitera point. »

Ainsi, la preuve légale de la filiation adultérine ou incestueuse ne peut point résulter d'un acte de reconnaissance. Est-ce à dire pour cela que la preuve n'en pourra *jamais* être faite? Non, certes ! la filiation adultérine ou incestueuse peut, en effet, être établie, en certains cas, *par la force même des choses*. Exemples. Un mari désavoue l'enfant dont sa femme est accouchée et triomphe : la filiation de cet enfant est nécessairement adultérine; elle est légalement établie, puisqu'il est constant que sa mère l'a eu d'un autre que de son mari. — Un homme déjà marié contracte une nouvelle union...; un frère épouse sa sœur...; ces unions, qui ont été contractées de mauvaise foi, ont été plus tard, sur la poursuite des parties intéressées ou du ministère public, déclarées nulles pour cause de bigamie ou d'inceste : évidemment encore l'enfant né de ces mariages est adultérin dans le premier cas, incestueux dans le deuxième; sa filiation est légalement établie par l'acte de naissance et par le mariage de ses père et mère.

Dans ces trois hypothèses, les art. 762 et 908 recevront leur application.

170. — Ce système, qui est suivi par la grande majorité des auteurs (1) et par la Cour de cassation, a, selon ses adversaires, deux vices essentiels :

1° Des trois hypothèses dans lesquelles on se place pour l'application des art. 762 et 908, une seule, la première, est exacte. Oui, la *maternité adultérine* est légalement établie, lorsque l'enfant d'une femme a été désavoué par son mari, qui a triomphé dans sa demande en désaveu.

Quant à la maternité incestueuse, et quant à la paternité adultérine ou incestueuse, la preuve légale en est impossible. *Prima* épouse *Secundus*, son frère; cette union, qui a été contractée de mauvaise foi, a été annulée en justice: les enfants qui sont nés de *Prima* ont-ils une filiation incestueuse, légalement établie? On le soutient, mais évidemment on se trompe. Qu'y a-t-il de certain dans l'espèce? La maternité: oui, il est constant que ces enfants sont nés de *Prima*. Maintenant sont-ils incestueux? Ils le seraient s'il était prouvé qu'ils sont nés de *Secundus*, frère de leur mère. Mais comment établir cette paternité? Par la présomption légale *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*? C'est impossible, puisque, dans l'espèce, le mariage étant radicalement nul, la règle ne peut pas recevoir son application. — *Primus*, qui est marié, se marie une seconde fois; cette union, qui a été contractée de mauvaise foi, a été ensuite annulée en justice: les enfants de la seconde femme sont-ils adultérins? Qu'est-ce qui le prouve? Rien n'établit que *Primus* est le père des enfants de la femme avec laquelle il a vécu; rien ne l'établit, car, son mariage étant radicalement nul, la présomption *Pater is est*... est inapplicable.

Ainsi, une femme peut avoir des enfants adultérins, mais elle ne peut pas avoir des enfants incestueux dont la filiation soit légalement établie. Un homme ne peut, légalement parlant, avoir ni des enfants adultérins ni des enfants incestueux. Si donc il était vrai, ainsi qu'on l'affirme, que la preuve légale de la filiation adultérine ou incestueuse ne peut point résulter d'un acte de reconnaissance, on serait forcément amené à dire que nos art. 762 et 908 ne recevront jamais d'application quant aux enfants incestueux, et qu'ils ne seront applicables, quant aux enfants adultérins, que relativement aux enfants adultérins des femmes. Or cela est inadmissible!

2° Le système que suit la Cour de cassation est, en outre, contraire au but que s'est proposé la loi. La morale serait blessée s'il était permis à une personne de dépouiller sa famille légitime en laissant, par donation ou legs, toute sa fortune aux enfants nés d'un commerce illicite ou même d'un crime. De là la défense de faire aux enfants adultérins ou incestueux des libéralités qui dé-

(1) Voy. notamment MM. Dur., t. III, nos 196 et suiv.; — Marc., art. 335; — Zach., Aubry et Rau, t. IV, p. 719 et 720; — Duc., Bonn. et Roust., art. 335; — Demol., *De la patern. et de la fil.*, nos 581 et suiv.

passent les bornes d'une simple pension alimentaire. Or, que va-t-il arriver dans le système de la Cour? Un homme reconnaît publiquement, par acte authentique, l'enfant qu'il a eu de sa sœur, ou d'une femme mariée; il l'élève dans sa maison, il le traite comme son fils et finit par l'instituer légataire universel : cet enfant va exclure tous les parents non réservataires de son père et réduire à leur réserve ses enfants légitimes ou ses ascendants! N'est-ce pas un résultat bien fâcheux? Le système de la Cour de cassation conduit donc précisément au scandale que la loi a voulu prévenir.

171. — 2e *système*. — Lorsqu'on fit l'art. 335, on se montra très-rigoureux à l'égard des enfants nés de l'inceste ou de l'adultère ; on défendit de les reconnaître. Mais plus tard on s'aperçut qu'en n'attribuant aucun effet à la reconnaissance de ces enfants, on blessait l'humanité. On comprit alors qu'il fallait au moins leur accorder des aliments. De là la règle de l'art. 762. Cette règle n'abroge pas l'art. 335 : l'officier de l'état civil doit toujours refuser de recevoir la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux ; mais, si, *en fait*, cette reconnaissance a eu lieu, l'enfant reconnu peut invoquer l'art. 762, et, par suite, l'art. 908 peut être invoqué contre lui. Ce système est confirmé en ces termes par M. Siméon, dans son discours au Corps législatif: « Quoique les enfants adultérins ou incestueux ne puissent être légalement reconnus, leur existence est un fait qui peut quelquefois être évident..... Un homme a signé comme père un acte de naissance sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme que la mère du nouveau-né, ou que la mère est sa sœur..... Si l'enfant se présente dans la succession pour y réclamer les droits d'un enfant naturel, on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait légalement l'avouer; mais *l'aveu de fait* lui restera et lui procurera des aliments » (1).

Art. 763.

Qui détermine le *quantum* des aliments dus aux enfants adultérins ou incestueux? D'après quelles bases le fixe-t-on?

172. — Le droit aux aliments étant, de sa nature, essentiellement variable quant à son *quantum*, la loi n'a pas déterminé *à priori* le montant de ceux qui sont dus aux enfants adultérins ou incestueux ; en cas de contestation à cet égard, la justice est appelée à le fixer. La pension doit être accordée dans la proportion de la fortune de celui qui la doit et de la fortune de l'enfant qui la réclame. C'est l'application du principe général de l'art. 208. Mais ici la loi veut que le juge prenne, de plus, en considération plusieurs éléments de calcul: elle veut que la pension soit plus ou

(1) M. Val. sur Proudhon, t. II, p. 155-158. — Ne pourrait-on point, généralisant cette donnée, en conclure que les preuves de fait, quelles qu'elles soient, reconnaissance nulle, mariage nul, suffisent pour l'application des art. 762 et 908? J'inclinerais à le penser. Si, en effet, dans le premier système, le mariage, quoique nul, peut faire preuve, pourquoi n'en serait il pas de même de la reconnaissance? Et réciproquement, si, dans le deuxième système, la reconnaissance, quoique nulle, peut servir de preuve, pourquoi en serait-il différemment du mariage?

moins forte, suivant le *nombre* et la *qualité* des héritiers qui la doivent. Ainsi, la pension peut être très-considérable, s'il n'existe qu'un seul héritier, et surtout si cet héritier est un collatéral éloigné du *de cujus*; très-faible, au contraire, si elle est due par plusieurs héritiers, et surtout si ces héritiers sont les descendants légitimes du défunt.

Art. 764.

Les enfants adultérins ou incestueux ont-ils toujours droit à des aliments ?

Il est évident, au reste, qu'aucune pension ne lui est due si sa fortune particulière suffit à ses besoins.

Il ne peut non plus élever aucune réclamation contre la succession, si son père ou sa mère lui a fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui a assuré des aliments de son vivant, ou enfin lorsqu'on lui a procuré, soit un établissement de commerce, soit une profession libérale... ; pourvu, bien entendu, que cet art mécanique, cet établissement, cette profession, suffise à ses besoins, et pourvu aussi qu'une infirmité, qu'un accident, ne l'ait pas réduit à l'impuissance de profiter des moyens d'existence que son père ou sa mère avait mis à sa disposition.

Quid, si c'est par leur faute qu'ils sont dans le besoin, s'ils ont, par exemple, aliéné le fonds de commerce que leur avait procuré leur père, et s'ils en ont dissipé le prix ?

Mais, si c'est par son inconduite qu'il est dans le besoin; si, faute de l'exercer, il est aujourd'hui inhabile à profiter de l'art mécanique qu'on lui avait fait apprendre ; s'il a aliéné le fonds de commerce que lui avait procuré le *de cujus* et s'il en a dissipé le prix, la succession ne lui doit aucun secours. L'art. 764 serait inutile s'il n'était entendu en ce sens : il eût été, en effet, bien superflu de dire que l'enfant n'a pas droit à des aliments quand le *de cujus* lui a procuré un art mécanique qui continue à le faire vivre honnêtement, puisque, selon le droit commun, les aliments ne sont dus qu'à ceux qui en ont besoin.

5. *Répétition.*

§ II. — *De la succession des enfants naturels reconnus.*

Art. 765 et 766.

Qui succède à un enfant naturel reconnu ?

173. — La loi appelle à la succession d'un enfant naturel : ses enfants; à défaut d'enfants, ses père et mère ; à défaut de ses père et mère, ses frères ou sœurs *naturels* (c'est-à-dire les autres enfants naturels de son père ou de sa mère). Ses frères *légitimes* (c'est-à-dire les enfants légitimes de son père ou de sa mère) ne sont jamais appelés à lui succéder.

La loi appelle enfin, à défaut de frères naturels, son conjoint ; à défaut de conjoint, l'Etat.

Les frères légitimes du *de cujus*, avons-nous dit, ne lui succèdent pas. Toutefois ils ont le droit de reprendre les biens qu'il tenait de leur père ou de leur mère, et qu'ils retrouvent en nature dans sa succession. C'est un nouveau cas de succession anomale.

Telle est, en résumé, la théorie du Code sur la succession aux enfants naturels reconnus. Reprenons chaque cas en particulier.

Quid, s'il n'a laissé que des descendants ?

174. — 1er cas. *L'enfant naturel n'a laissé que des descendants.* — Appliquons l'art. 745, s'ils sont tous légitimes; l'art. 757, s'ils

sont les uns légitimes, les autres naturels reconnus; l'art. 758, s'ils sont tous naturels.

175. — 2e cas. *Il a laissé des enfants et son père ou sa mère.* — Le père ou la mère de l'enfant naturel *de cujus* est exclu par ses *enfants*. Quels enfants? Le père est-il exclu, non-seulement par les enfants *légitimes*, mais aussi par les enfants *naturels?* Je dis qu'il est exclu même par les enfants naturels. L'art. 765 ne distingue pas.

Quid, s'il a laissé des enfants, et son père ou sa mère? Le père ou la mère est-il exclu par les enfants *naturels* du bâtard décédé?

Mais, dira-t-on, lorsqu'un enfant naturel se trouve en présence du père *légitime* du *de cujus*, il n'a droit qu'à la moitié de sa succession (art. 757)! Quelle raison y a-t-il donc de la lui donner en totalité, quand il se trouve en présence du père *naturel?*

Cette raison se devine sans peine. Le père légitime est très-favorable; la société n'a rien à lui reprocher, car il n'a commis aucune faute. Le père naturel, au contraire, est coupable; sa paternité ne l'honore point. On conçoit donc que la loi lui ait préféré les enfants naturels du *de cujus:* car, s'ils sont le fruit malheureux d'une faiblesse, au moins n'ont-ils commis aucune faute (1).

176. — 3e cas. *Le* DE CUJUS *a laissé son père ou sa mère naturelle et des petits-fils.* — Ces petits-fils sont-ils les enfants *légitimes* d'un fils soit *légitime*, soit *naturel:* aucune difficulté n'est possible, le père est exclu : les enfants *légitimes* d'un fils légitime ou naturel sont, en effet, autorisés à réclamer les droits que la loi assigne à leur père (art. 740 et 759). Sont-ils les enfants *naturels* d'un fils prédécédé : ils ne succèdent point : les enfants naturels n'ont, en effet, aucun droit sur les biens des parents de leur père ou de leur mère (art. 756).

Quid, s'il a laissé son père ou sa mère et des *petits-fils?*

177. — 4e cas. *Le* DE CUJUS *décédé sans postérité a laissé ses père et mère.* — La succession est dévolue, en totalité, au père ou à la mère, qui a reconnu le *de cujus;* par moitié à tous les deux, s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre. Si l'un des deux renonce ou s'il est écarté comme indigne, l'autre succède seul et pour le tout. — Un enfant naturel laisse un fils *légitime*, qui lui succède; ce fils légitime meurt sans postérité : le père naturel de son père peut-il lui succéder? Je ne le crois pas. L'art. 765 donne bien le droit au père naturel de succéder à *son enfant;* mais aucun texte ne lui attribue le droit de succéder aux descendants de son enfant. Si on objecte que les enfants légitimes peuvent succéder au *père naturel* de leur père (art. 759), et qu'ainsi le père naturel doit pouvoir également succéder aux enfants légitimes de son fils, je répondrai que, si la *réciprocité* est une des règles qui régissent les successions, elle ne constitue pas cependant un principe absolu et invariable; c'est ainsi, par exemple, qu'un enfant adoptif est habile à succéder à l'adoptant, tandis que celui-ci est inhabile à lui succéder.

Quid, s'il n'a laissé que ses père et mère ou l'un des deux? Le père naturel succède-t-il aux *petits-enfants* de son fils naturel prédécédé?

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 84 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 114; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 333; Demol., n° 143.

L'art. 747 est-il applicable aux successions irrégulières ?

178. — Si le père et la mère succèdent ensemble à leur enfant naturel décédé sans postérité, celui des deux qui lui avait donné des biens *retrouvés en nature dans sa succession* a-t-il le droit de les reprendre, à l'exclusion de l'autre ? Non. Aucun texte, en effet, n'accorde aux ascendants *naturels* le privilége que l'art. 747 accorde aux ascendants *légitimes*. Cette solution conduit à un résultat regrettable, je le reconnais : les libéralités faites par l'un des concubins profitent à l'autre, en sorte que celui-ci semble recevoir la récompense d'une faute que la société lui reproche ! Mais un argument purement moral ne suffit pas pour établir un droit de succession qui n'est écrit dans aucun texte.

On fait contre ce système un argument *à fortiori*, tiré de l'art. 766. Lorsque le *de cujus* laisse des biens que lui a donnés son père naturel, les enfants légitimes de celui-ci sont appelés à les reprendre, à l'exclusion de tous autres successeurs ; or, si ce droit de retour appartient aux enfants légitimes du donateur, *à fortiori* doit-il appartenir au donateur lui-même. Ma réponse est bien simple. Le droit de retour n'appartient pas aux enfants légitimes du donateur quand le *concubin* du donateur a *survécu* à son enfant naturel : le texte bien formel de l'art. 766 ne le leur accorde, en effet, qu'à défaut du père et de la mère du *de cujus*. Or, si ce droit ne leur appartient pas lorsque le concubin du donateur succède à l'enfant naturel, il est bien évident qu'on ne peut pas dire, par *à fortiori*, qu'il appartient dans le même cas au concubin donateur (1).

Art. 766.

Qui lui succède lorsque l'enfant naturel reconnu est mort après son père et sa mère ?

179. — 5e cas. *Le* DE CUJUS *n'a laissé que des frères ou sœurs.* — Ces frères ou sœurs peuvent être, ou *légitimes* (les enfants légitimes de son père ou de sa mère), ou *naturels* (les autres enfants naturels de son père ou de sa mère). Il se peut même qu'il ait laissé tout à la fois des frères ou sœurs légitimes et des frères ou sœurs naturels.

Ses frères *légitimes* lui succèdent-ils ?

180. — 1re ESPÈCE. — *Le* DE CUJUS *n'a laissé que des frères ou sœurs légitimes.* — Ils sont appelés à recueillir les biens qu'il avait reçus de leur père ou de leur mère, et qu'ils retrouvent en nature dans sa succession. Les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, leur font également retour.

Ce droit de retour s'ouvre-t-il à leur profit lorsque le concubin de l'époux donateur a survécu au *de cujus*?

Remarquons : 1° que le texte ne leur accorde ce droit de retour qu'au cas où le concubin du donateur est prédécédé comme lui : « en cas de prédécès *des père et mère*, » est-il dit... ;

Ce droit de retour appartient-il aux enfants du concubin non donateur ?

2° Que ce droit n'appartient qu'aux enfants du concubin donateur : la loi, en effet, a pour but de ne pas enrichir la famille du concubin non donateur, mais de faire rentrer les biens donnés dans la famille qui primitivement en avait été propriétaire ;

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 85, II; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 422; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 536 ; Demol., t. Ier, n° 496. — *Contrà*, MM. Dur., t. VI, n° 224; Marc., art. 747.

3° Que l'art. 766 ne l'accorde qu'aux *frères* ou *sœurs* du *de cujus* : leurs enfants n'y peuvent point, par conséquent, prétendre. L'art. 766 ne le leur accorde pas; et, comme il s'agit, dans l'espèce, d'une succession *exceptionnelle*, il n'y a pas lieu d'appliquer, par analogie, les art. 746, 748, 749 et 750, qui, à défaut de frères et sœurs, appellent constamment leurs descendants (1);

Appartient-il aux descendants des enfants du concubin donateur ?

4° Qu'il comprend, non-seulement les biens que le *de cujus* a reçus de son père ou de sa mère par donation, mais encore ceux qu'il a recueillis dans sa succession, soit comme successeur *ab intestat*, soit comme légataire.

Quels biens comprend-il ?

181. — Les frères légitimes du *de cujus* n'ont que le droit de reprendre les biens qu'il tient de leur père ou de leur mère. La loi ne les appelle point à sa succession ordinaire : dès lors ils n'y peuvent prétendre ni de leur chef, ni par représentation de leur père ou mère. On ne succède pas, en effet, par représentation, lorsqu'on n'a pas de son chef une vocation propre et personnelle à la succession du *de cujus* (voy. les n^os^ 90 et suiv.). Ainsi, ils sont exclus par le conjoint du *de cujus*, et, à son défaut, par l'Etat.

Les frères légitimes du bâtard décédé sont-ils appelés à sa succession ordinaire ?

182. — 2^e^ ESPÈCE. *Le* DE CUJUS *n'a laissé que des frères ou sœurs naturels.* — Ils excluent le conjoint et l'Etat. — Ce droit de succession est une dérogation au principe qu'un bâtard reconnu ne succède point aux parents de son père ou de sa mère (art. 756). Deux motifs la justifient : 1° les frères naturels sont unis entre eux par le lien d'une position commune; 2° ils ne peuvent espérer recueillir aucune succession, puisqu'ils n'ont point de parents : il faut donc les consoler en les appelant à se succéder les uns aux autres.

Quid, si le *de cujus* n'a laissé que des frères et sœurs naturels ?

A ne consulter que le droit commun, lui succéderaient-ils ?

Pourquoi lui succèdent-ils ?

183. — Si le *de cujus* a laissé des frères naturels utérins, des frères naturels consanguins et des frères naturels germains, la succession sera-t-elle partagée en deux parts, conformément à l'art. 733? les germains prendront-ils part dans les deux lignes?

Le principe que la succession dévolue à des frères et sœurs se divise en deux parts, l'une pour les frères consanguins, l'autre pour les frères utérins, s'applique-t-il aux frères et sœurs naturels ?

Je ne le crois pas. Tous les frères doivent partager également, et par tête : car, bien que les uns touchent au *de cujus* par un double lien et les autres par un seul côté, le lien (la communauté de malheur) qui les unit est, quant au droit de succéder, le même pour tous. Le partage des biens en deux parts n'est d'ailleurs qu'une idée subtile, qui a été imaginée pour empêcher que les biens d'une famille ne passent en totalité dans une autre (voy. les n^os^ 79 et suiv.); or, les frères naturels, lors même qu'ils ne sont pas nés du même père et de la même mère, ne composent qu'une seule et même famille (2).

184. — Ce ne sont pas seulement les frères et sœurs *naturels* du

Quid, si le *de cu-*

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 86 *bis*, IV; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 537. — *Contrà*, MM. Dur., t. IV, n° 337; Demol., n° 156.

(2) MM. Val.; Dem., t. II, n° 96 *bis*, IX; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 546; Duv.; Demol., t. II, n° 164. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 115.

jus a laissé des enfants d'un frère naturel prédécédé ?

bâtard décédé que la loi appelle à lui succéder : *leurs enfants* sont également appelés. Mais, quoique la loi ne le dise pas, ce droit de succession n'appartient qu'à leurs enfants *légitimes*, puisque, aux termes de l'art. 756, les bâtards reconnus ne succèdent pas aux parents de leur père ou mère.

Les descendants légitimes des frères et sœurs naturels du bâtard décédé peuvent-ils lui succéder, non-seulement de leur chef, mais encore par représentation ?

185. — Les descendants légitimes des frères et sœurs naturels du bâtard *de cujus* peuvent-ils lui succéder, non-seulement de leur chef, mais aussi par représentation ? Le *de cujus* a laissé un frère naturel, et l'enfant légitime d'un autre frère naturel prédécédé: le neveu peut-il invoquer la représentation, à l'effet de succéder concurremment avec le frère ?

Quelques personnes soutiennent la négative. La représentation, disent-elles, a été placée au chapitre *Des successions légitimes;* il n'en est point parlé au chapitre *Des successions irrégulières* : donc elle ne peut pas être invoquée dans l'espèce.

L'argument est logique; cependant j'ai de la peine à croire que la loi ait entendu rejeter ici le principe de la représentation. La théorie de la représentation est uniquement fondée sur une présomption d'affection (voy. le n° 88); or, cette présomption se conçoit aussi bien, et est aussi puissante, entre parents naturels qu'entre parents légitimes (1).

Quid, si le *de cujus* a laissé tout à la fois des frères ou sœurs *légitimes* et des frères ou sœurs *naturels* ?

A quels biens succèdent-ils les uns et les autres ?

186. — 3e ESPÈCE. *Le* DE CUJUS *a laissé des frères ou sœurs légitimes et des frères ou sœurs naturels.* — S'il n'a rien reçu de son père ou de sa mère, soit comme donataire, soit comme successeur, ou si les biens qu'il a reçus ne se retrouvent plus en nature dans sa succession, elle est dévolue en totalité à ses frères et sœurs naturels ; ses frères légitimes sont exclus.

Que s'il a laissé dans sa succession des biens qu'il tenait de son père ou de sa mère, ces biens font retour à ses frères ou sœurs légitimes. Tous ses autres biens passent à ses frères ou sœurs naturels. (Voy. les nos 181 et 182.)

Quid, si les uns ou les autres renoncent ?

Les frères et sœurs légitimes renoncent-ils à la succession anomale : les biens qu'ils ne recueillent pas restent confondus dans la succession ordinaire dévolue aux frères et sœurs naturels. Ceux-ci renoncent-ils à la succession ordinaire : les frères et sœurs légitimes ne prennent toujours que les biens qui viennent de leur père ou de leur mère. Ils sont alors exclus, quant à la succession ordinaire, par le conjoint du *de cujus*, et, à son défaut, par l'Etat. (Voy. le n° 181.)

Pourquoi les frères et sœurs légitimes sont-ils exclus par les frères et sœurs naturels ?

On comprend pourquoi les frères et sœurs légitimes sont exclus par les frères et sœurs naturels du bâtard décédé. Les premiers ont une position heureuse, une famille, une aptitude à succéder à leurs parents ; quant aux seconds, c'est l'inverse qui a lieu. Dès lors il a paru juste d'admettre ceux-ci à se succéder les uns aux autres, et à l'exclusion des frères et sœurs légi-

(1) MM. Val.; Marc., art. 766; Dem., t. III, n° 86 *bis*, VIII; Demol., t. II, nos 161 et 163.

times, qui trouveront dans d'autres successions une compensation suffisante.

Pourquoi sont-ils exclus même par l'Etat?

L'exclusion des frères et sœurs légitimes par l'Etat a aussi son explication : 1° le *de cujus* n'aurait pas eu le droit de succéder, s'il leur eût survécu, aux enfants légitimes de son père ou de sa mère : dès lors la loi n'a pas pu, le principe de réciprocité admis en matière de succession s'y opposait, accorder à ses frères et sœurs légitimes le droit de lui succéder quand ils lui survivent ; — 2° il n'y a rien de choquant à préférer l'Etat aux frères et sœurs légitimes d'un bâtard décédé : car, comme l'Etat est tenu d'entretenir les enfants abandonnés, il est juste qu'il soit récompensé par l'avantage de leur succéder quelquefois.

SECTION II. — DES DROITS DU CONJOINT SURVIVANT ET DE L'ÉTAT.

§ I. — *De la succession déférée au conjoint survivant.*

Art. 767.

Quand le conjoint succède-t-il? Quelles personnes l'excluent? L'énumération qu'en donne l'art. 767 est-elle complète?

187. — La succession appartient au conjoint, « lorsque le défunt ne laisse ni parents *au degré successible, ni enfants naturels* » (1). — Il faut ajouter à cette énumération des personnes qui excluent le conjoint : 1° les descendants légitimes d'un enfant naturel du défunt : car, aux termes de l'art. 759, ils ont le même droit que leur père ; — 2° les père et mère naturels du *de cujus* (art. 765) ; — 3° les successibles dont il est parlé dans l'art. 766.

Le divorce enlève aux époux dont il dissout le mariage leur qualité de conjoints et, avec cette qualité, le droit de se succéder l'un à l'autre.

L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée est-il déchu du droit de succéder?

188. — La séparation de corps ne dissout pas le mariage. Partant, le droit de succession attaché au titre d'époux subsiste, entier, même en la personne de celui des conjoints contre lequel elle a été prononcée.

Le mariage *putatif* donne-t-il le droit de succéder?

189. — Le mariage putatif, produisant les mêmes effets civils qu'un mariage valable, donne un droit réciproque de successibilité à chacun des conjoints, s'ils sont l'un et l'autre de bonne foi, et, dans le cas contraire, seulement à l'époux de bonne foi (art. 201 et 202).

Quid, si la nullité du mariage a été prononcée du vivant des époux?

Si la nullité du mariage putatif a été prononcée *du vivant* des époux, aucun d'eux n'a vocation à la succession de l'autre. En effet, leur mariage étant dissous pour l'avenir, on ne peut pas dire que celui des deux qui survit à l'autre est le conjoint du *de cujus* : il ne suffit pas pour être habile à succéder d'*avoir été* le conjoint du défunt, *il faut l'être au moment de l'ouverture de la succession*. Aussi voyons-nous l'art. 767 refuser la succession à l'époux *divorcé*, non-seulement au divorcé coupable, mais même à l'époux outragé.

(1) Je rappelle toutefois que le conjoint exclut, dans un certain cas, l'enfant naturel du défunt (Voy. l'art. 337 et, ci-dessus, le n° 155).

Primus, qui est marié à *Secunda*, épouse *Tertia*, qui se marie de bonne foi; *Primus* meurt laissant sa femme légitime et sa femme putative : ces deux femmes partageront la succession, car elles y ont un droit égal. Il en serait autrement si la nullité du mariage putatif avait été prononcée du vivant du *de cujus* : dans cette hypothèse, la femme légitime succéderait seule.

Comment explique-t-on le rang qui est assigné au conjoint survivant, en matière de succession ?

190. — La loi s'est montrée bien peu favorable au conjoint : elle le relègue au dernier rang, et lui préfère les parents les plus éloignés du *de cujus*. Quelle est la cause de cette rigueur ? Le législateur, qui réglait la dévolution des biens d'après l'affection que nous sommes présumés avoir pour nos parents, ne devait-il pas préférer le conjoint à certains collatéraux ? L'affection que nous portons à notre conjoint est, en effet, beaucoup plus vive que celle que nous accordons, par exemple, à des collatéraux du sixième..., du douzième degré.

Objectera-t-on qu'en appelant le conjoint à un rang trop rapproché, on aurait ainsi facilité la transmission des biens d'une famille dans une autre ? Mais on eût échappé à ce danger, en appelant l'époux survivant à l'usufruit, et les parents éloignés à la nue-propriété des biens !

Cette rigueur de la loi à l'égard des conjoints ne peut s'expliquer qu'historiquement. Lorsqu'on discuta cette matière, un membre du Conseil d'Etat ayant fait remarquer que l'époux survivant était oublié, et ayant proposé une disposition en sa faveur, un autre membre du Conseil d'Etat répondit qu'il était inutile de s'occuper du conjoint, parce que, dit-il, l'art. 754 lui avait *déjà* attribué le droit de concourir pour l'usufruit avec les collatéraux. Cette erreur matérielle empêcha de donner suite à la proposition qui avait été faite en sa faveur.

§ II. — *De la succession déférée à l'Etat.*

Art. 768.

Quand l'Etat succède-t-il ?

191. — A défaut de conjoint, la succession est dévolue à l'Etat : *fiscus post omnes.*

§ III. — *Des obligations imposées au conjoint, à l'Etat et aux enfants naturels, c'est-à-dire des conditions auxquelles est subordonné l'envoi en possession.*

Art. 769 à 771.

Le conjoint peut-il, de sa propre autorité, appréhender les biens auxquels il succède ?

192. — Ces conditions ou formalités ont pour objet :

1° *La vérification, faite en justice, de la qualité de ceux qui se présentent comme successeurs irréguliers et du droit qu'ils ont à la succession ouverte.* — Les successeurs irréguliers, quoique légalement saisis des droits actifs et passifs du défunt, n'ont pas la saisine de l'*exercice* de ces mêmes droits. La loi veut qu'ils la demandent à la justice, qui l'accorde ou la refuse, suivant que le demandeur a ou non justifié qu'il a en effet la qualité de successeur irrégulier (voy. les nos 36 à 39).

2° *La garantie de la restitution des biens héréditaires aux héritiers du défunt, qui pourraient ultérieurement se présenter.*

A quelles conditions obtient-il l'envoi en possession ?

Faut-il qu'il prouve que le *de cujus* n'a laissé aucun héritier légitime, aucun autre successeur irrégulier ?

193. — I. *Des obligations imposées au conjoint.* — 1° *Vérification de ses droits à la succession.* — Le conjoint doit former une demande d'envoi en possession devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire du domicile du défunt. Mais que doit-il prouver pour réussir dans sa demande ? Sa qualité de conjoint. — Faut-il, en outre, qu'il établisse que le *de cujus* n'a laissé aucun héritier légitime, aucun autre successeur irrégulier ?

C'est, dit-on, à celui qui réclame à prouver son droit (article 1315) ; or, le conjoint n'est habile à succéder qu'à défaut de tout autre successible : donc il doit prouver que le *de cujus* n'en a laissé aucun. Lorsqu'il n'existe pas d'héritier connu, la succession est *réputée vacante ;* la loi veut alors qu'on nomme un curateur à la succession (art. 811 et 812) : donc il y a lieu, non pas à l'envoi en possession, mais à la nomination d'un curateur, lorsqu'il n'est pas démontré que le *de cujus* n'a laissé aucun successible.

Ce n'est pas mon avis. Comment le conjoint parviendra-t-il à faire la preuve qu'on exige ? Que de titres à vérifier ! que d'actes à compulser ! quelles recherches difficiles ! Vouloir que le conjoint établisse que le *de cujus* n'a laissé aucun successible, c'est demander l'impossible.

En exigeant que le conjoint qui a obtenu l'envoi en possession vende le mobilier et fasse emploi de l'argent en provenant, ou qu'il donne caution suffisante pour en assurer la restitution, *au cas où il se présenterait des héritiers* (art. 771), la loi montre bien que l'envoi en possession peut être ordonné, *lors même qu'il n'est pas établi d'une manière certaine que le* de cujus *n'a laissé aucun successible :* car, s'il ne devait avoir lieu qu'après l'administration de cette preuve, dans l'intérêt de qui ordonnerait-elle ces mesures conservatoires ?

L'argument tiré des art. 811 et 812 n'est pas sérieux. Une succession n'est, en effet, vacante, et il n'y a lieu à nommer un curateur, que lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession (voy. les nos 312 et suiv.). Dans l'espèce, le conjoint la réclame : elle n'est donc point vacante, il n'y a donc pas lieu à nommer un curateur !

Ainsi, il suffit : 1° que le conjoint prouve sa qualité de conjoint ; 2° qu'il rapporte un acte de notoriété constatant qu'il ne s'est présenté aucun parent légitime, ni aucun successeur irrégulier, prétendant à la succession (1).

La demande d'envoi en possession ne doit-elle pas être rendue publique ?

Dans quel but doit-elle l'être ?

194. — La demande d'envoi en possession doit être rendue publique par trois publications et affiches ; ce n'est qu'après qu'il s'est écoulé trois mois depuis cette publication que le tribunal peut statuer.

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 89 *bis*, IV; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 375 et 376; Demol., n° 212.

On conçoit le motif de cette publicité et de ce délai. Les publications et affiches avertissent les héritiers légitimes de l'ouverture de la succession ; mais cette précaution eût été imparfaite si on ne leur eût accordé un certain délai pour se présenter. Remarquez que, bien qu'ils aient 30 ans pour réclamer la succession, ils ont néanmoins intérêt à empêcher l'envoi en possession : car, outre que le conjoint peut détériorer les biens, la loi l'autorise à conserver les fruits qu'il perçoit.

Dans quelles formes doit-elle être rendue publique ?

195. — Ces publications et affiches doivent être faites *dans les formes usitées* (art. 770). Quelles sont ces formes ? Elles n'ont été déterminées ni par le Code Napoléon, ni par le Code de procédure : le mode à suivre est donc abandonné à l'arbitrage du tribunal (1).

Quelles garanties la loi prescrit-elle dans l'intérêt des héritiers qui pourraient plus tard se présenter ?

196. — 2° *Garanties prescrites dans l'intérêt des héritiers qui pourraient se présenter ultérieurement.* — Le conjoint doit : 1° faire apposer les scellés ; 2° faire un inventaire, dans les formes prescrites pour l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire (art. 794, C. N. ; 907 et suiv., 943, 944, C. pr.) ; 3° faire emploi du mobilier, c'est-à-dire employer, soit en acquisition d'immeubles ou en rentes sur l'Etat, soit en les plaçant sur hypothèque ou privilége (art. 1065), les sommes qui proviennent de la vente du mobilier, ainsi que celles qu'a laissées le défunt ou qui ont été remboursées par les débiteurs.

Le conjoint peut toutefois se dispenser de faire emploi du mobilier, en donnant caution suffisante pour en assurer la restitution aux héritiers qui pourront se présenter.

Si aucun parent légitime ne se présente dans les trois ans, à partir de l'envoi en possession, la caution est déchargée.

Quelle différence y a-t-il, au point de vue qui nous occupe, entre le conjoint et l'Etat ?

197. — II. *Des obligations imposées à l'État.* — Elles sont les mêmes que celles qui sont imposées au conjoint, sauf que l'État est dispensé de donner caution pour assurer la restitution du mobilier : *fiscus semper solvendo censetur.*

Art. 773.

Les enfants naturels sont-ils soumis aux mêmes obligations que le conjoint ?

198. — III. *Obligations imposées aux enfants naturels.* — Une distinction est ici nécessaire. L'enfant naturel est-il seul appelé à la succession du *de cujus* : les obligations imposées au conjoint lui sont également applicables. Concourt il avec des héritiers légitimes : il est dispensé de l'apposition des scellés, de la confection d'un inventaire, des obligations de publier sa demande, d'employer le mobilier, ou, à défaut d'emploi, de donner caution. Toutefois, comme il n'a pas la saisine, il doit se faire envoyer en possession, c'est-à-dire faire vérifier son droit à une portion de la succession. Il s'adresse alors, non plus à la justice, mais aux parents avec lesquels il concourt. En cas de contestation, la justice

(1) Une circulaire du ministre de la justice (8 juillet 1806) détermine les formes à suivre lorsque l'envoi en possession est demandé *par l'État*. Les tribunaux de province appliquent cette circulaire aux demandes d'envoi en possession formées à la requête d'un parent naturel ou d'un conjoint.

intervient, et l'envoie elle-même en possession, s'il justifie sa demande.

Au reste, il est bien entendu que l'enfant naturel n'est dispensé des obligations imposées au conjoint qu'au cas où *il est constant* que le *de cujus* a laissé des parents légitimes : si leur existence est incertaine, les art. 769, 770, 771 et 772 lui sont alors applicables.

Sont-elles applicables aux père, mère, frères ou sœurs naturels, successeurs d'un bâtard décédé ?

199. — Les règles prescrites par les art. 769 et suivants ne sont pas applicables aux père, mère, frères ou sœurs naturels, successeurs irréguliers d'un bâtard décédé : *aucun texte*, en effet, n'exige d'eux qu'ils fassent apposer les scellés, confectionner un inventaire, etc... Le silence que la loi garde à leur égard s'explique facilement. On conçoit la nécessité de l'apposition des scellés, de la confection de l'inventaire, de la publication de la demande d'envoi en possession, de l'emploi du mobilier ou du cautionnement, quand la succession est réclamée par les enfants naturels, par le conjoint ou par l'État, succédant à une personne qui est née *d'un mariage légitime*. Il est, en effet, permis de supposer, dans ce cas, que le défunt a laissé des parents légitimes qui pourront se présenter plus tard : il faut donc les avertir de l'ouverture de la succession et sauvegarder leur intérêt. Mais que craindre quand le défunt est un *bâtard*, et que sa succession est réclamée par ses père ou mère, ou par ses frères ou sœurs naturels ? Qu'il ait laissé des collatéraux ? il n'en a pas. Des enfants naturels ? comment supposer que ses descendants ignorent la mort de leur père ! Il n'y avait donc pas nécessité d'un envoi en possession. Ainsi, les personnes dont il s'agit peuvent appréhender l'hérédité sans recourir à la justice ; mais elles sont toujours successeurs irréguliers, en ce sens qu'elles ne continuent pas la personne du *de cujus* (1).

Art. 772 et 773.

Quelle est la sanction des obligations imposées aux successeurs irréguliers ?

200. — IV. *Sanction des obligations imposées au conjoint, à l'Etat et à l'enfant naturel venant à défaut de parents.* — Nous rencontrons ici une différence bien marquée entre les parents légitimes et les successeurs irréguliers. Un parent légitime peut appréhender les biens sans intervention de la justice ; il n'est soumis à aucune formalité. Sans doute, si un parent plus proche se présente, il devra lui restituer l'hérédité mal à propos appréhendée ; mais, *s'il a été de bonne foi*, il ne sera pas tenu des détériorations qu'il aura commises sur les biens, et les fruits qu'il aura recueillis lui resteront.

Le successeur irrégulier, qui appréhende l'hérédité sans remplir

(1) MM. Val., Duc., Bonn. et Roust. (t. II, n° 515), conviennent que ces personnes ne sont point soumises à l'obligation des scellés, de l'inventaire, des publications et de la caution ; mais elles doivent, suivant eux, se faire envoyer en possession par la justice. — MM. Marc. (art. 773), Dem. (t. III, n° 89 *bis*, I), Duv. et Demol. (t. II, n° 232), sont plus absolus encore : ils enseignent que les art. 769 à 772 sont pleinement, et sans aucune restriction, applicables aux père ou mère et aux frères ou sœurs naturels.

les formalités exigées, est, au contraire, en faute et *réputé possesseur de mauvaise foi*, par conséquent, responsable des détériorations qui proviennent de son fait et comptable des fruits qu'il a perçus. Vainement alléguerait-il la conviction où il a été qu'il n'existait aucuns parents pour l'exclure : il ne peut être exempt de faute et possesseur de bonne foi qu'autant qu'il a satisfait aux prescriptions de la loi. — La réciproque n'est pas vraie : s'il a appréhendé l'hérédité à laquelle *il savait* n'avoir aucun droit, l'accomplissement des formalités prescrites par la loi n'empêche pas qu'il ne soit traité comme possesseur de mauvaise foi.

Les actes faits par un héritier apparent sont-ils valables ? Le véritable héritier qui a fait reconnaître son droit à la succession est-il obligé de ses respecter ?

201. — Une question très-importante nous reste à examiner : les actes qu'un *héritier apparent* a faits avec des tiers de bonne foi doivent-ils être maintenus ? Une personne qui passe dans le monde pour le parent le plus proche du *de cujus* appréhende l'hérédité...; un prétendu successeur irrégulier est, par erreur, envoyé en possession des biens. Dans l'un et l'autre cas, la personne qui détient la succession joue, dans la société, le rôle de propriétaire ; en réalité, elle ne l'est pas. Si cet héritier apparent fait des actes de propriétaire en traitant avec des tiers de bonne foi, le véritable héritier, qui plus tard fera reconnaître son droit à la succession, sera-t-il tenu de les respecter ? Pourra-t-il, au contraire, les faire annuler ?

Certains actes devront être maintenus ; d'autres seront nuls.

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ? Quels actes doivent être maintenus ?

Actes qui doivent être maintenus. — L'héritier qui revendique l'hérédité et triomphe doit : 1° respecter les paiements que les débiteurs ont faits entre les mains de l'héritier apparent (voy. n° 1336) ; 2° laisser en paix les tiers de bonne foi qui possèdent les meubles corporels en vertu d'un contrat de vente, d'échange, etc. : c'est une application du principe qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279).

Quels actes doivent être déclarés nuls ?

Actes nuls. — Si l'héritier apparent a hypothéqué ou aliéné des immeubles, s'il a aliéné des meubles auxquels ne s'applique pas la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre*, c'est-à-dire des meubles incorporels, des créances, des rentes (voy., au t. III, les n^os^ 1988 et 1989), ces actes ne sont pas valables. Celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas aliéner, car *nemo dat quod non habet* (art. 1599, 2125 et 2182) ; l'héritier apparent n'est pas propriétaire : donc il n'a pu ni aliéner ni hypothéquer. Aussi l'art. 137 nous dit-il que l'absent au profit duquel une succession s'est ouverte peut, tant qu'aucune prescription ne lui est opposable, revendiquer l'*hérédité* ou *autres droits* : ou *autres droits*, c'est-à-dire les droits que les tiers qui ont traité avec l'héritier apparent ont cru acquérir.

202. — La jurisprudence valide cependant les aliénations consenties par l'héritier apparent. Deux raisons principales sont données à l'appui de ce système :

1° Il résulte de l'art. 1240 que le paiement fait par un débiteur héréditaire à l'héritier apparent est valable, *même à l'égard de*

l'héritier véritable qui fait reconnaître ses droits; or, si ce paiement est valable, n'est-ce pas parce que le débiteur qui l'a fait a été de bonne foi et dans une erreur invincible (voy. le n° 1336)? Dès lors pourquoi ne pas maintenir également les aliénations consenties au profit des tiers de bonne foi? — L'argument n'est pas concluant. On raisonne *à pari* d'un cas à un autre tout différent. Un débiteur héréditaire est, *en fait*, dans la nécessité de payer : car, s'il refusait de se libérer entre les mains de l'héritier apparent, celui-ci le poursuivrait en justice, et le ferait condamner, *à moins qu'il ne prouvât qu'il existe un véritable héritier qui est le légitime créancier;* or, quel débiteur oserait jamais s'engager dans un procès aussi chanceux? Le débiteur n'a donc, en réalité, aucun moyen d'échapper à la nécessité de payer! voilà pourquoi la loi le protége. Mais quelle nécessité force les tiers de contracter avec un héritier apparent? S'ils ont quelques doutes, qu'ils s'abstiennent! s'ils passent outre, qu'ils subissent les conséquences de la position qu'ils se sont volontairement faite!

2° Les tiers qui traitent avec un héritier apparent n'ont aucun moyen de s'assurer s'il est ou non le véritable propriétaire : leur erreur a été invincible. L'équité serait donc blessée si le droit qu'ils ont cru légitimement acquérir leur était ensuite retiré. — Cette raison est moins concluante encore que la première. Le Code détermine, en effet, dans plusieurs articles, les avantages attachés à la bonne foi, et nous ne voyons nulle part qu'on lui ait attribué l'effet de consolider, à elle seule, les droits que les tiers ont cru acquérir sur un immeuble en traitant avec celui qui passait pour en être le véritable propriétaire. Les droits consentis sur un immeuble par une personne autre que le propriétaire sont nuls : la loi est formelle à cet égard (art. 1599 et 2182). Ceux qui les ont stipulés ne les peuvent acquérir que par la prescription. S'ils ont cru traiter avec le véritable propriétaire, leur bonne foi leur procurera un certain bénéfice : au lieu de prescrire par 30 ans, ils prescriront par 10 ou 20 ans (art. 2265); mais là se borne la protection que leur accorde la loi. Ce n'est qu'en matière de meubles que les possesseurs de bonne foi prescrivent *instantanément* (art. 2279).

Il eût été utile peut-être de faire une exception à ces principes, dans l'intérêt des tiers qui traitent de bonne foi avec un héritier apparent; mais cette exception n'existe pas.

La même injustice se rencontre d'ailleurs dans plusieurs hypothèses analogues. J'achète un immeuble d'une personne qui le détenait, soit en vertu d'un legs valable dans la forme, mais révoqué par un codicille dont on ignorait l'existence, soit en vertu d'une vente obtenue par suite d'une violence : — dans l'un et l'autre cas, je puis être évincé par le véritable propriétaire, et cependant mon erreur a été invincible!

Il ne faut pas mettre sa raison et son équité au-dessus du droit. La loi, tant qu'elle existe, doit être observée : il ne peut pas y avoir

BIBLIOTHÈQUE GRENOBLE UNIVERSITAIRE

pour le juge d'équité plus respectable, de raison plus forte, que l'équité ou la raison de la loi (1).

CHAPITRE V. — DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS.

SECTION I. — DE L'ACCEPTATION.

§ I. — *Origines historiques de l'acceptation, sa définition.*

Art. 775 à 777.

203. — L'ancien droit romain distingue, quant à la manière d'*acquérir* la succession, deux classes d'héritiers : 1° les héritiers *nécessaires ;* 2° les héritiers *volontaires.*

Comment, en droit romain, l'héritier nécessaire acquiert-il la succession ?

L'héritier *nécessaire* acquiert l'hérédité *dès qu'elle est ouverte;* il l'acquiert à son insu et malgré lui, *ignorans et invitus.* Dès qu'elle est ouverte, elle est *irrévocablement* acquise.

Quels sont les avantages et les inconvénients de ce système ?

Cette théorie, avantageuse sous un rapport, est funeste sous un autre. L'héritier nécessaire qui a survécu au *de cujus*, ne fût-ce qu'un instant, transmet à ses propres héritiers, et confondue dans la sienne, la succession ouverte à son profit ; c'est le bon côté du système. Mais l'héritier nécessaire n'étant pas maître de répudier la succession et devant payer les dettes *ultrà vires successionis*, on conçoit combien est fâcheuse sa position, quand l'hérédité comprend plus de dettes que de biens (2).

Comment, en droit romain, l'héritier volontaire acquiert-il la succession ?

L'héritier *volontaire* acquiert l'hérédité *s'il le veut et seulement lorsqu'il manifeste l'intention de l'acquérir ;* jusque-là il a bien le titre pour devenir héritier, mais il ne l'est pas encore. En d'autres termes, il acquiert, au moment de l'ouverture de la succession, non pas l'hérédité, mais le droit de l'acquérir *en l'acceptant.* Ce n'est pas l'hérédité qui vient à lui, c'est lui qui doit aller à elle : aussi appelle-t-on *adition de l'hérédité* (de *ire ad hereditatem*) l'acceptation qui la fait entrer dans son patrimoine.

Quels sont les avantages et les inconvénients de ce système ?

Cette deuxième théorie a son bon et son mauvais côté. Elle permet à l'héritier de repousser la succession qui est onéreuse : sous ce rapport, elle est plus utile que la première. Mais elle l'est moins sous un autre : l'héritier volontaire qui a survécu au *de cujus*, et qui meurt avant d'avoir fait *adition* d'hérédité, ne trans-

(1) Voy., dans le t. Ier (nos 493 et suiv.), la justification de ce système. En ce sens, MM. Dur., t. VI, no 358; Val. — *Contra*, MM. Dem., t. III, no 89 *bis*, VI; Demol., t. II, no 242. Voy. aussi MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 188 et 387.

(2) La règle fut modifiée par deux bénéfices qu'introduisit le préteur, les bénéfices de *la séparation des patrimoines*, pour l'héritier nécessaire, d'*abstention* pour l'héritier sien et nécessaire. L'héritier nécessaire qui demandait la séparation des patrimoines n'était tenu des dettes que sur les biens de la succession et dans la limite de ces biens. L'héritier sien et nécessaire qui *s'abstenait* ne pouvait même pas être poursuivi par les créanciers du défunt. Cette *abstention* ne lui faisait cependant pas perdre la qualité d'héritier : ainsi, après les dettes payées, l'excédant lui appartenait. Voy. *Inst. Just.*, lib. II, Tit. XIX, §§ 1 et 2.

met à ses propres héritiers, ni l'hérédité, puisqu'il ne l'a pas acquise, ni le droit de l'acquérir en l'acceptant, car cette faculté, ne pouvant être exercée que par lui, s'éteint avec sa personne.

Quel système le Code a-t-il suivi?

204. — Le Code, par une heureuse combinaison, a imaginé un système intermédiaire, qui prévient tous les dangers et réunit tous les avantages des deux systèmes opposés que suivait le droit romain.

Quelle ressemblance et quelle dissemblance y a-t-il entre l'héritier français et l'héritier nécessaire des Romains?

L'héritier est assimilé à l'héritier nécessaire, en ce sens qu'il *acquiert l'hérédité dès qu'elle est ouverte, même à son insu : « le mort saisit le vif »* (art. 724). L'habile à succéder qui a survécu au *de cujus* et qui meurt quelques instants après l'ouverture de la succession, la transmet donc, avec la sienne, à ses propres héritiers (voy. le n° 34). — Il diffère de l'héritier nécessaire, en ce sens qu'il est maître de répudier, c'est-à-dire d'abandonner l'hérédité dont la loi l'avait investi : *Nul n'est héritier qui ne veut* (1) (voy. l'art. 775 et le n° 34).

Entre l'héritier français et l'héritier volontaire des Romains?

Il est assimilé à l'héritier volontaire, en ce sens qu'il n'est pas héritier *malgré lui*.— Il diffère de l'héritier volontaire, en ce sens qu'il acquiert l'hérédité, *même à son insu, sans qu'il ait besoin de l'accepter*.

Ce système du Code peut être ainsi formulé :

L'héritier acquiert l'hérédité dès qu'elle est ouverte : il n'a pas besoin de l'accepter pour l'acquérir. La loi accepte pour lui ; mais elle lui permet de ne pas *conserver* l'hérédité qu'elle avait elle-même placée dans son patrimoine. Il est héritier *etiam ignorans, sed non invitus*.

La personne au profit de laquelle la succession s'est ouverte est-elle héritière sous la condition *suspensive* de l'acceptation ou sous la condition *résolutoire* de la renonciation?

Il est héritier, non pas sous la condition *suspensive* de l'acceptation, mais sous la condition *résolutoire* de la renonciation. Accepte-t-il : la condition résolutoire sous laquelle il est héritier étant défaillie, l'acquisition de l'hérédité se trouve consolidée : la saisine est maintenant définitive, irrévocable. Renonce-t-il : la condition résolutoire sous laquelle il était héritier étant accomplie, il est réputé n'avoir jamais été héritier : la saisine, l'acquisition de l'hérédité, est anéantie, non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé. Ainsi, l'acceptation rend la saisine *irrévocable ;* la renonciation la détruit rétroactivement.

Comment faut-il entendre la règle que nul *n'est tenu d'accepter* la succession qui lui est échue?

205. — On fait contre ce système deux objections :

1° Aux termes de l'art. 775, « nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue... » La loi considère donc la volonté comme nécessaire pour faire un héritier! — Je réponds : La règle *nul n'est tenu d'accepter la succession qui lui est échue*, n'est qu'une traduction maladroite de cette règle de l'ancien droit *nul n'est héritier qui ne veut ;* or la règle *nul n'est héritier qui ne veut*, a toujours été entendue en ce sens : *nul ne* DEMEURE *héritier qui ne veut, tout héritier peut renoncer*.

(1) Ce principe souffre deux exceptions. Le lecteur les trouvera sous les nos 229 et 271.

Est-il vrai que l'effet de l'acceptation *remonte* au jour de l'ouverture de la succession ?

2° Aux termes de l'art. 777, « l'effet de l'acceptation *remonte* au jour de l'ouverture de la succession... » L'habile à succéder n'était donc pas héritier avant l'acceptation, puisque la loi recourt à une *fiction* dont le but est de le faire considérer comme ayant été héritier du jour de l'ouverture de la succession. — Je réponds : Aux termes de l'art. 785, « l'héritier qui renonce est RÉPUTÉ *n'avoir jamais été héritier.* » Il l'était donc avant d'avoir renoncé, puisque la loi est obligée de recourir à une *fiction* pour le faire considérer comme ayant toujours été étranger à la succession.

La fiction de l'art. 777 et celle de l'art. 785 étant contradictoires, il est évident que la loi est tombée dans l'erreur. Il faut, par conséquent, opter entre la fiction de l'art. 777 et celle de l'art. 785. La première est contraire au principe de la saisine consacré par l'art. 724 : l'acceptation que fait un héritier *saisi*, *investi de la succession*, ne saurait être, en effet, *rétroactive*, puisqu'elle ne fait que consolider une acquisition antérieure, en rendant irrévocable un état de choses préexistant. La deuxième fiction, au contraire, est une conséquence logique et naturelle de la saisine : l'héritier cesse, en effet, de l'être quand il renonce ; mais, comme en réalité il était, avant sa renonciation, investi de l'hérédité, ce n'est qu'en recourant à la fiction qu'on peut dire qu'il n'a jamais été héritier.

L'erreur a donc été commise, non pas dans l'art. 785, qui est en harmonie parfaite avec l'art. 724, mais dans l'art. 777, qui en est la négation (1).

Quel est, en résumé, l'effet de l'acceptation ?

Gagne-t-on quelque chose en acceptant une succession ?

206. — En résumé, l'héritier qui accepte n'acquiert pas l'hérédité, puisque, avant de l'accepter, il l'avait déjà acquise par l'effet de la saisine. L'acceptation n'a d'autre effet que de le rendre *irrévocablement* héritier, en lui enlevant la faculté de renoncer. Ainsi, à cette question : Gagne-t-on quelque chose en acceptant une succession ? il faut répondre : Loin de gagner quelque chose, l'héritier qui accepte perd toujours. Il ne gagne rien, car il n'est pas plus riche la minute qui suit que la minute qui précède l'acceptation ; il perd toujours, car l'acceptation lui enlève un droit, la faculté de renoncer.

L'acceptation n'est-elle point, dans certains cas, une véritable *addition* de l'hérédité ; elle n'a pas d'effet *rétroactif*, puisqu'elle ne fait que confir-

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 497. — Cette doctrine est généralement admise. Nous devons dire, toutefois, qu'elle a été combattue avec un grand talent par M. Froissart (*Revue pratique*, t. V, p. 501 et suiv.). Suivant cet auteur, l'habile à succéder n'est point héritier, et, par suite, il n'a pas la saisine, *tant qu'il n'a pas accepté :* l'acceptation serait encore une véritable *addition de l'hérédité*, et il serait parfaitement exact de dire qu'elle remonte au jour de l'ouverture de la succession. — Voy. aussi M. Hureaux, même *Revue*. t. XVIII, p. 292 et suiv.; 410 et suiv.

Ainsi, suivant l'opinion générale, l'habile à succéder est héritier et saisi *sous la condition résolutoire de la renonciation*. Suivant MM. Froissart et Hureaux, au contraire, il est héritier et saisi *sous la condtiion suspensive de l'acceptation*.

mer, consolider à toujours, un état de choses préexistant : tel est le principe. Dans certains cas, cependant, ce n'est qu'en l'acceptant que l'habile à succéder acquiert l'hérédité. L'acceptation est alors une *adition de l'hérédité*, et c'est alors seulement qu'on peut dire qu'elle a un *effet rétroactif*.

ble *adition* d'hérédité?

L'acceptation a ces caractères, toutes les fois qu'elle est faite par un habile à succéder *qui n'était pas saisi*. Je prends une espèce. Le *de cujus* a laissé, dans la même ligne, deux collatéraux, dont l'un est au quatrième degré, *Primus*, et l'autre au cinquième, *Secundus*. *Primus*, qui est saisi de l'hérédité, renonce : partant, il est réputé n'avoir jamais été héritier. Il n'est plus saisi; l'hérédité s'est retirée de lui, elle n'est plus dans son patrimoine. La succession se trouve ainsi dévolue à *Secundus*. Mais *Secundus* est-il saisi? Il ne l'est pas. En effet, tant que *Secundus* n'a pas accepté, *Primus* peut se repentir du parti qu'il a pris et acquérir, en l'acceptant, la succession qu'il a répudiée (art. 790); or, si elle appartenait à *Secundus*, *Primus* ne pourrait pas l'accepter, car en l'acceptant il dépouillerait *Secundus* d'un droit acquis. Ainsi, l'hérédité n'appartient ni à *Primus*, puisque *Secundus* peut l'acquérir en l'acceptant, ni à *Secundus*, puisque *Primus* peut, en l'acceptant, en devenir propriétaire ; elle appartiendra à celui qui l'acceptera le premier. Dans cette hypothèse, l'héritier *acquiert* l'hérédité en l'acceptant; et alors on peut dire, d'une part, que l'acceptation est une véritable *adition de l'hérédité*, puisque pour l'acquérir l'héritier est obligé d'aller à elle; d'autre part, qu'elle a un effet *rétroactif*, puisque l'habile à succéder, qu'elle rend actuellement *héritier*, est réputé l'avoir été *depuis l'ouverture de la succession*.

N'est-ce pas alors qu'on peut dire que son effet remonte au jour de l'ouverture de la succession?

Le principe que l'acceptation a un effet *rétroactif* au jour de l'ouverture de la succession reçoit donc son application dans deux cas : 1° lorsque la succession est acceptée par un *héritier renonçant;* 2° lorsqu'elle est acceptée par un parent appelé à succéder par suite de la renonciation du parent qui l'excluait (1).

Dans quels cas le principe, que l'acceptation a un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession, reçoit-il son application?

208. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que l'acceptation, *lorsqu'elle est faite par un héritier saisi* (2), est l'acte par lequel il manifeste l'intention de *rester irrévocablement héritier;* en d'autres termes, l'acte par lequel il manifeste l'intention de renoncer au droit de renoncer. Aussi l'a-t-on très-spirituellement définie : *la renonciation au droit de renoncer.*

Qu'est-ce que l'acceptation?

(1) MM. Bug., t. I, p. 497; Val. — MM. Dem. (t. III, nos 106 *bis*, I, et 135 *bis*, III et IV); Duc. Bonn. et Roust. (t. II, n° 598), et Demol. (t. I, n° 150), pensent, au contraire, qu'après la renonciation d'un héritier saisi, l'héritier du degré subséquent est lui-même saisi de la succession. Dans ce système, l'acceptation faite par le parent qu'excluait le renonçant n'est point une *adition d'hérédité*.

(2) Cette définition s'applique même au successeur irrégulier : car, de même que l'héritier légitime, il est saisi des droits actifs et passifs du défunt. C'est seulement quant à l'*exercice* de ces droits qu'il ne jouit pas de la saisine (voy. le n° 36).

Lorsqu'elle émane d'un héritier qui n'est pas saisi, par exemple d'un héritier qui a renoncé, l'acceptation est l'acte par lequel l'héritier manifeste *l'intention d'acquérir l'hérédité*.

§ II. — *Des différents partis que peut prendre un héritier.*

C. Art. 774.

Quels sont les différents partis que peut prendre un héritier?

209. — L'héritier peut accepter, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire, ou répudier. Prend-il le premier parti, il est tenu des dettes *in infinitum;* le second, il n'en est tenu qu'*intrà vires bonorum;* le troisième, il est étranger à la succession.

Lequel est le meilleur.

Est-ce qu'il n'y a pas des cas où la renonciation est préférable à l'acceptation bénéficiaire?

210. — On est assez porté à croire dans le monde que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est, dans tous les cas, le plus sage parti à prendre. C'est un préjugé qu'il importe de signaler. Ainsi, lorsqu'il est *certain* (et il y a des cas où le doute n'est pas possible) que le défunt a laissé plus de dettes que de biens, la renonciation est, sans contredit, préférable même à l'acceptation bénéficiaire.

Que l'on considère, en effet, quels seraient les résultats de l'acceptation bénéficiaire : des ennuis, une perte de temps, des dangers ! *Des ennuis et une perte de temps :* car l'héritier bénéficiaire est chargé de l'administration de la succession; c'est lui qui vend les biens, qui poursuit les débiteurs, qui paie les dettes de la succession... le tout, au profit des créanciers, qui ne lui doivent aucun salaire. *Des dangers :* car, d'une part, il est responsable des fautes qu'il commet dans son administration, et, d'autre part, il peut arriver qu'il fasse, par imprudence ou par ignorance, quelques actes qui dépassent les pouvoirs d'un simple administrateur, ce qui le constituerait héritier pur et simple. — Allons plus loin : la renonciation peut être préférable à l'acceptation bénéficiaire, même *dans le cas où il est certain que le défunt a laissé plus de biens que de dettes.* Nous verrons bientôt, en effet, que l'héritier renonçant peut conserver les libéralités qu'il a reçues du défunt (article 845), tandis que l'héritier qui accepte, même sous bénéfice d'inventaire, est tenu de rapporter les choses que le défunt lui a données ou léguées, c'est-à-dire de les partager, comme les autres biens, avec ses cohéritiers (art. 843) : son intérêt bien entendu lui commande donc de renoncer, lorsque la valeur dont il doit le rapport est supérieure à sa part héréditaire. Exemple. Le *de cujus* a laissé cinq enfants, un actif net de 75,000 fr.; l'un des enfants a reçu de lui, par un acte entre-vifs, une libéralité de 25,000 fr. Qu'aura l'héritier donataire, s'il renonce? la libéralité qu'il a reçue du défunt et qu'il conservera : 25,000 fr. Qu'aura-t-il, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire? 20,000 fr. seulement : les 25,000 fr. dont il est donataire étant, par l'effet du rapport, réunis aux 75,000 fr. qu'a laissés le défunt, la masse à partager sera de 100,000 fr., ce qui donnera 20,000 fr. à chaque enfant.

L'acceptation bénéficiaire est-elle toujours préférable à l'acceptation pure et simple?

211. — L'acceptation bénéficiaire n'est même pas toujours préférable à l'acceptation pure et simple. Que gagne-t-on, en effet, à faire une acceptation bénéficiaire lorsqu'il est *certain*, *évident*, que la succession comprend beaucoup plus de biens que de dettes? A quoi bon faire un inventaire, une déclaration au greffe du tribunal (art. 793 et 794)? Ce sont des frais qui diminuent d'autant l'actif de la succession! Ajoutons que l'héritier pur et simple liquide la succession comme il l'entend et selon ses intérêts, tandis que la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire est aussi longue que compliquée.

212. — Ainsi, chacun des trois partis que peut prendre l'héritier a ses avantages et ses dangers: l'héritier qui est prudent ne doit donc se décider qu'après qu'il s'est renseigné sur l'état de la succession. La loi lui accorde, à cet effet, certains délais que nous étudierons sous les n^os^ 277 et suivants.

Tout héritier a-t-il le choix entre ces trois partis?

213. — Tout héritier n'a pas le droit de choisir entre les trois partis que je viens de faire connaître. Lors, en effet, que la succession est dévolue à un *mineur* ou à un *interdit*, son tuteur, qui le représente, ne peut qu'accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer: le conseil de famille ne peut pas l'autoriser à accepter purement et simplement. Quant au motif de cette prohibition, je ne le connais pas. L'acceptation pure et simple, nous l'avons montré, est souvent préférable, soit à la répudiation, soit même à l'acceptation bénéficiaire: pourquoi donc refuser au conseil de famille le droit d'autoriser le tuteur à prendre ce parti? Il est probable que le législateur, dominé par le préjugé de la pratique, a pensé que l'acceptation bénéficiaire est toujours le parti le plus utile à prendre.

Pourquoi, lorsque la succession est ouverte au profit d'un mineur, le tuteur ne peut-il point l'accepter purement et simplement?

§ III. — *Des conditions requises pour la validité de l'acceptation.*

Quelles conditions sont requises pour la validité de l'acceptation?

Est-il permis d'accepter une succession non ouverte?

Quelle est la raison de douter?

De décider?

214. — Pour accepter valablement, il faut:

1° *Que la succession soit ouverte.* A la vérité, la loi, qui annule la renonciation à une succession *future* (art. 791), ne défend pas d'accepter la succession d'un homme vivant; mais la règle que j'établis est la conséquence d'une autre règle admise par le Code, savoir, qu'une succession non ouverte ne peut pas faire l'objet d'un traité, d'un arrangement quelconque (art. 1130). Si la loi a cru devoir défendre formellement de renoncer à des successions futures, tandis qu'elle ne prohibe pas expressément l'acceptation des mêmes successions, c'est que, dans l'ancien droit, les renonciations anticipées étaient quelquefois permises, tandis que les acceptations de successions non encore ouvertes étaient rigoureusement prohibées.

Si le parent d'un degré plus éloigné accepte une succession ouverte, en prévision du cas où l'héritier qui l'exclut viendrait

215. — Faut-il qu'elle soit, non-seulement ouverte, mais encore dévolue au parent qui accepte? Si le parent d'un degré plus éloigné accepte en prévision du cas où le parent qui l'exclut viendrait à renoncer, cette acceptation est-elle valable? Pothier tenait la

a renoncer, cette acceptation est-elle valable ?

négative. L'affirmative me semble cependant préférable. Le parent qui est exclu par un parent plus proche est habile à succéder, sous la condition suspensive que le parent qui l'exclut renoncera : pourquoi lui défendre de déclarer à l'avance qu'il entend être héritier, si la condition sous laquelle il est appelé se réalise! La loi ne prohibe pas cette acceptation, et tout ce qui n'est pas défendu est permis. Est-ce qu'un légataire qui a reçu un legs sous condition suspensive ne peut pas valablement accepter, même *pendente conditione*, le droit éventuel qui lui appartient ? S'il n'est point permis d'accepter la succession d'un homme vivant, c'est uniquement parce que cet acte anticipé suppose chez celui qui le fait une pensée immorale, le *votum mortis ;* or, ce motif ne se rencontre plus dans l'hypothèse d'une succession déjà ouverte, mais non encore dévolue au parent qui accepte (1).

Quid, si l'héritier qui accepte ne sait pas que la succession est déjà ouverte ?

216. — 2° *Que l'héritier sache que la succession est ouverte.* S'il l'ignore, s'il entend accepter la succession d'une personne vivante, cette acceptation est aussi illégale, aussi immorale, que celle qui aurait réellement pour objet une succession *future* : la loi ne peut point sanctionner un acte qui, dans la pensée de son auteur, est contraire à ses prohibitions (2).

Art. 776.

Quelles personnes sont capables d'accepter ?

Quid, si la succession est échue à une femme mariée ?

A un prodigue ?

A un mineur non émancipé ou à un interdit ?

217. — 3° *Qu'il soit capable de s'obliger :* car, si l'acceptation ne fait pas naître l'obligation de payer toutes les charges de la succession, elle rend cette obligation irrévocable, en enlevant à l'héritier le droit de renoncer.

Ainsi, la succession est-elle dévolue à une femme mariée ? la femme doit, pour l'accepter, être autorisée de son mari ou de la justice. A un prodigue ou à un faible d'esprit ? l'héritier doit être assisté de son conseil judiciaire. A un mineur non émancipé ou à un interdit? elle est acceptée par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille, qui ne peut autoriser que l'*acceptation bénéficiaire*. On se demande alors dans quel but la loi exige cette autorisation ? Est-ce que l'acceptation bénéficiaire peut être préjudiciable? L'héritier bénéficiaire, dira-t-on, ne court qu'une chance, celle de gagner! Il n'est pas exposé à perdre, puisqu'il n'est tenu des dettes qu'*intrà vires successionis!* Cette critique repose sur une erreur : il n'est pas vrai que l'héritier bénéficiaire ne coure aucun danger. Nous avons, en effet, démontré (sous le n° 210) que la renonciation est quelquefois plus avantageuse que l'acceptation bénéficiaire. L'option entre ces deux partis intéressant la fortune de l'héritier, la loi n'a pas voulu confier au tuteur seul le droit de la faire.

Quid, si la succession est échue à un mineur émancipé ?

La succession dévolue à un mineur émancipé ne peut être également acceptée que sous bénéfice d'inventaire. L'émancipé accepte

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 135; Demol., t. II, n° 304. — *Contrà*, M. Dur., t. VI, nos 366 et 473.

(2) MM. Val.; Dur., t. VI, n° 365; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 576; Demol., t. II, n° 303.

lui-même, mais il a besoin de l'assistance de son curateur et de l'autorisation de son conseil de famille (art. 484).

§ IV. — *Comment se fait l'acceptation.*

Art. 778.

218. — L'acceptation est expresse ou tacite.

De combien de manières peut-on accepter purement et simplement?

1° *Acceptation expresse.* — Elle est expresse « lorsque le successible prend le *titre d'héritier* dans un *acte authentique ou sous seing privé.* » Une déclaration *verbale* faite en présence de témoins n'est donc pas suffisante. La loi exige une déclaration écrite, d'une part, afin de couper court aux procès, d'autre part, parce qu'une déclaration verbale est souvent faite légèrement et sans réflexion.

Quand l'acceptation est-elle expresse?

Pourquoi l'acceptation purement verbale n'est-elle pas valable?

Remarquons même que les mots : *acte authentique ou sous seing privé*, doivent être entendus avec un certain tempérament. Il s'agit ici, non pas d'un acte quelconque, mais d'un écrit destiné à faire preuve en justice, à constater un fait juridique relatif aux affaires de la succession, tel, par exemple, qu'une assignation, une quittance, un acte de bail, etc. Ainsi, le successible qui écrit à un ami *qu'il est héritier* de son parent décédé n'accepte pas. Il en est différemment s'il prend la même qualité dans une lettre d'affaires qui le met en rapport juridique avec ceux que la succession intéresse, par exemple, dans une lettre écrite, soit à un débiteur qu'il menace de poursuivre, soit à un créancier pour le prier de suspendre ses poursuites pendant un certain temps.

L'héritier qui prend la qualité d'héritier dans un acte accepte-t-il toujours?

Au reste, le système de la loi à cet égard est aussi inconséquent qu'il est dangereux. Selon le langage du monde, et même selon la loi, le mot *héritier* a deux sens bien distincts : en effet, on l'emploie indifféremment pour désigner tantôt le successible qui est irrévocablement héritier, qui a déjà accepté, tantôt le successible qui *délibère* sur le parti qu'il doit prendre (art. 724, 778, 785, 790). Aussi arrive-t-il fréquemment qu'un successible qui délibère, qui ne sait pas encore quel parti il choisira, prend, dans un acte d'administration des biens héréditaires, la qualité d'héritier, attachant à ce mot le sens que la loi elle-même y attache, celui d'héritier délibérant. Les successibles qui n'ont pas une connaissance parfaite des subtilités ou des imperfections de notre Code se trouvent ainsi constitués à leur insu, et contrairement à leur volonté, définitivement et irrévocablement héritiers (1).

Le système qu'a suivi le Code n'est-il pas sujet à critique?

219. — 2° *Acceptation tacite.* — Elle est tacite « lorsque le successible fait un *acte* (ce mot est synonyme d'*action*) qui suppose nécessairement son intention d'accepter, *et qu'il n'aurait droit de*

Quand l'acceptation est-elle tacite?

(1) Toutefois nous admettons que la clause où l'habile à succéder a pris la qualité d'héritier est susceptible d'interprétation, et qu'ainsi on ne saurait la traduire dans le sens d'une acceptation, quand il y a intention contraire, évidente. La preuve de l'intention contraire peut résulter d'inductions tirées soit de l'acte même où la qualité d'héritier a été prise, soit de circonstances extérieures. MM. Demol., t. II, n° 381; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 144. — Voy. toutefois Dem., t. III, n° 38 *bis*, II.

L'héritier qui a fait un acte qui suppose nécessairement l'intention d'accepter, n'accepte-t-il tacitement *qu'autant qu'il n'avait le droit de faire cet acte qu'en qualité d'héritier?*

faire qu'en sa qualité d'héritier. » Cette seconde phrase, *et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier*, est superflue : car, si l'acte du successible est de telle nature qu'il fasse *supposer nécessairement* son intention d'accepter, qu'exiger de plus ? Qu'importe qu'il l'ait fait en telle ou telle qualité ? L'acte peut faire supposer nécessairement l'intention d'accepter, quoique le successible ait eu, pour le faire, une autre qualité que celle d'héritier, et, réciproquement, ne pas faire supposer nécessairement cette intention, bien que le successible n'ait pu le faire qu'en qualité d'héritier. Appelé à succéder à mon père et à mon oncle, je trouve dans la succession de mon père une montre que lui avait prêtée mon oncle ; je la vends, pensant qu'elle était à mon père : je n'ai pas accepté la succession de mon oncle, et cependant j'ai fait un acte, une aliénation, que je ne pouvais faire qu'en qualité d'héritier de mon oncle ; j'ai accepté la succession de mon père, et cependant l'acte que j'ai fait, je pouvais le faire en une autre qualité que celle d'héritier de mon père, c'est-à-dire en qualité d'héritier de mon oncle. Tout se réduit donc à une question d'intention.

Art. 779.

Quels sont les actes qui font nécessairement supposer l'intention d'accepter?

220. — Maintenant, quels sont les actes qui font supposer nécessairement l'intention d'accepter ? La loi ne les fait connaître que par *à contrario*. Les actes de *conservation* et d'*administration* des biens de la succession n'emportent point acceptation (art. 779) : c'est donc aux actes qui n'ont pas ce caractère qu'est attachée la présomption légale de l'acceptation, c'est-à-dire *aux actes de propriétaire*.

Ainsi, l'héritier accepte tacitement, lorsqu'il fait un acte qui suppose nécessairement l'intention d'accepter ; l'acte qui suppose nécessairement cette intention est celui qu'il fait comme *maître* ou *propriétaire*. En conséquence, celui-là accepte tacitement qui aliène ou détruit des biens de la succession, qui fait des coupes extraordinaires ou des remises de dettes...

Au contraire, l'héritier n'est pas présumé acceptant, lorsqu'il fait simplement des actes d'administration ou de conservation des biens : tels sont, par exemple, les réquisitions d'apposition et de levée de scellés, les demandes en justice quand elles ont pour but d'interrompre des prescriptions, les renouvellements d'inscriptions hypothécaires qui sont sur le point d'être périmées, les locations des appartements vacants, etc. — Il existe cependant un acte d'administration qui emporte acceptation tacite. C'est administrer que vendre les meubles sujets à dépérissement ; et cependant l'héritier accepte tacitement quand il procède à cette vente de sa propre autorité, sans se faire préalablement autoriser par la justice et sans observer les formes voulues par la loi. L'art. 796 est formel sur ce point.

Quid, si l'héritier prend la qualité d'héritier dans un acte d'administration?

221. — L'héritier qui fait des actes d'administration doit avoir soin de ne pas prendre, en les faisant, la qualité d'héritier : car alors *il accepterait expressément*... Nous avons montré (sous le n° 218) le danger de ce système.

Pourquoi les actes d'administrationn'emportent-ils point acceptation comme les actes de propriétaire?

222. — Quel est le motif de la différence établie entre les actes *de propriétaire* et les actes *d'administration*? Pourquoi la volonté d'accepter est-elle présumée dans le premier cas, tandis qu'elle ne l'est pas dans le deuxième? La loi est partie de cette idée : l'acceptation doit être présumée toutes les fois que l'acte dont il s'agit est de telle nature qu'on ne peut l'expliquer qu'en supposant chez l'héritier l'intention d'accepter ou une intention criminelle. Dans ce cas, en effet, l'héritier ne peut pas donner la seconde explication : la première reste donc toute-puissante. — Elle ne doit pas l'être, au contraire, lorsque, entre ces deux explications, peut s'en placer une autre qui n'a rien de malhonnête. Or, les actes d'administration peuvent être expliqués *honnêtement*, sans qu'il soit nécessaire de supposer chez l'héritier l'intention d'accepter. Il peut, en effet, dire qu'il n'y a procédé qu'*animo gerendi*, tant dans son intérêt personnel, pour le cas où il accepterait, que dans l'intérêt de ceux qui profiteraient de sa renonciation, dans le cas où il viendrait à renoncer. Mais, lorsqu'il a disposé en maître d'un objet de la succession, lors, par exemple, qu'il l'a vendu et qu'il en a touché le prix, s'il n'a pas eu l'intention d'accepter, il a voulu alors s'enrichir aux dépens de la succession, en détournant le prix qu'il a touché. La seconde explication est *malhonnête*, il ne peut pas la donner: la loi, qui ne présume point la fraude, le tient pour acceptant (M. Val.).

Art. 780.

La loi n'énumère-t-elle point elle-même certains actes qui emportent acceptation tacite?

Pourquoi l'aliénation des droits successifs emporte-t-elle acceptation tacite?

Quid, si en faisant cette aliénation l'héritier déclare qu'il n'a point l'intention d'accepter?

Quelles différences y a-t-il entre l'héritier qui renonce et celui qui donne sa part à ses cohéritiers?

223. — *Actes qui sont spécialement désignés par la loi comme faisant supposer nécessairement l'intention d'accepter.* — L'héritier est présumé acceptant :

I. *Lorsqu'il aliène ses droits successifs par vente, échange ou donation.* — L'héritier ne peut disposer de l'hérédité qu'*autant qu'il l'a réellement;* il en dispose en la transportant à un tiers : il manifeste donc nécessairement l'intention d'accepter (1) lorsqu'il aliène ses droits successifs.

L'aliénation des droits successifs emporte acceptation, lors même que l'héritier a protesté, dans l'acte d'aliénation, contre la présomption légale d'acceptation, lors même qu'il a dit expressément qu'il entendait céder, non pas l'hérédité irrévocablement acquise, mais son droit tel qu'il l'a, c'est-à-dire le droit d'accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, en un

(1) Est-ce bien exact? L'aliénation des droits *successifs* ne suppose pas, ce me semble, *nécessairement* l'intention d'accepter. Qu'ai-je aliéné? peut dire l'héritier. Mes droits successifs, des droits qui pouvaient être confirmés par une acceptation pure et simple, modifiés par une acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou détruits par une renonciation. Je les ai cédés tels que je les avais; j'ai mis le cessionnaire à mon lieu et place, l'autorisant à faire ce que j'aurais pu faire, c'est-à-dire à prendre le parti qu'il jugerait le plus utile à ses intérêts. Accepte-t-il, je suis moi-même acceptant; renonce-t-il, je suis étranger à la succession, car mon cessionnaire était mon mandataire. — Quoi qu'il en soit, la loi, à tort ou à raison, n'a pas admis ce système. L'héritier qui cède ses droits successifs accepte purement et simplement.

mot, l'option à faire entre les trois partis qui lui sont ouverts. Cette protestation est sans effet, parce qu'elle est contraire à la nature de l'acte. L'héritier ne peut pas faire un acte de maître, de propriétaire, et n'être pas propriétaire, héritier définitif; ce qu'il fait l'emporte sur ce qu'il dit (M. Val.).

224. — Celui qui *donne* sa part à ses cohéritiers accepte tacitement. Cependant, dira-t-on, *donner* sa part à ses cohéritiers ou y *renoncer*, n'est-ce pas au fond la même chose ? Est-ce que la part du renonçant, comme celle de l'héritier qui la donne, ne profite pas à ses cohéritiers ? Dès lors, pourquoi ne pas assimiler l'héritier donateur à l'héritier renonçant ?

Cette assimilation entre les deux faits n'est qu'apparente.

L'héritier qui *renonce* veut être étranger à la succession. Il ne dispose point de ses droits au profit de ses cohéritiers ; ceux-ci les acquièrent sans doute, mais ils ne les tiennent pas de lui : ils les tiennent de la loi. C'est *par droit de non-décroissement* qu'ils les acquièrent. Il n'existe donc entre eux et lui aucune relation de droit.

L'héritier qui *donne* ses droits à ses cohéritiers dispose, au contraire, de sa part : il en investit ses cohéritiers. C'est de lui et non de la loi qu'ils la tiennent ; ils l'acquièrent, non pas en vertu de leur qualité d'héritiers, mais *comme donataires*. Entre eux et lui s'établissent donc des relations de droit, les mêmes que celles qui existent entre un donateur et un donataire.

225. — Cette différence dans la nature des faits amène plusieurs résultats pratiques qu'il importe de signaler.

Soient trois héritiers : *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. *Primus donne* sa part à *Tertius ; Secundus renonce*. Entre ces deux faits les différences sont nombreuses :

1° La donation offerte par *Primus* doit être consentie et acceptée par devant notaire (art. 931 et 932). — La renonciation que fait *Secundus* doit être déclarée au greffe du tribunal (art. 784).

2° *Primus*, s'étant constitué acceptant par suite de la donation qu'il a faite, peut être poursuivi par les créanciers de la succession, sauf son recours contre le donataire. — *Secundus*, étant étranger à la succession, ne peut pas être poursuivi.

3° *Primus*, étant acceptant, ne peut conserver ni les legs ni les donations qu'il a reçus du défunt (art. 843), en sorte que la donation qu'il a faite comprend, non-seulement sa part dans les biens laissés par le défunt, mais encore les objets que le défunt lui a légués ou qu'il lui avait donnés de son vivant. — *Secundus*, l'héritier renonçant, conserve, au contraire, les donations ou legs qu'il a reçus du défunt (art. 845).

4° *Tertius*, donataire, doit des aliments à *Primus*, donateur. — Il n'en doit pas à *Secundus*, renonçant : car il n'a rien reçu de lui.

5° La donation faite par *Primus* est révocable pour cause d'ingratitude (art. 955) ou de survenance d'enfants (art. 960). — La renonciation est irrévocable.

226. — II. *Lorsqu'il renonce au profit de quelques-uns* SEULEMENT *de ses cohéritiers.* — L'héritier qui, au lieu de renoncer purement et simplement, renonce en désignant ceux de ses cohéritiers auxquels il entend que sa renonciation profite, accepte tacitement. Il accepte : car, dans sa pensée, il dispose de sa part, il en investit quelques-uns de ses cohéritiers, à l'exclusion des autres : c'est, en réalité, une donation qu'il veut faire.

Est-ce qu'il n'existe point des cas où en renonçant on accepte?

Quid, si l'héritier désigne, en renonçant, ceux de ses cohéritiers dans l'intérêt desquels il entend renoncer?

Les cohéritiers désignés acquièrent-ils sa part, de plein droit, par le seul effet de sa déclaration?

Cette libéralité est soumise, soit *quant à la forme*, soit *quant au fond*, aux règles ordinaires des donations.

Soit quant à la forme... L'art. 780 ne dit pas que la renonciation faite au greffe vaut donation dans l'intérêt de ceux que le renonçant a voulu avantager. Cette déclaration faite au greffe n'a qu'un effet : elle fait supposer chez le renonçant l'intention d'accepter. Si les cohéritiers désignés dans la renonciation comme devant en profiter ont l'intention d'accepter l'offre de libéralité qui leur est faite, ils doivent aller, avec le renonçant, chez un notaire, qui dressera acte de leurs volontés.

Quel est donc l'effet de cette déclaration?

Soit quant au fond... Ainsi, elle est *révocable* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants; *réductible*, si le bénéfice qu'elle procure dépasse la quotité disponible; *rapportable*, si ceux qui la reçoivent succèdent au renonçant.

227. — III. *Lorsqu'il renonce au profit de tous ses cohéritiers,* MAIS MOYENNANT UN PRIX, *ou plus généralement* ALIQUO DATO. — L'héritier qui renonce dans l'intérêt de tous ses cohéritiers, mais moyennant un prix, accepte tacitement : « car, disait Domat, recevant un prix de l'hérédité, il en fait une vente » (1).

Quid, si l'héritier renonce dans l'intérêt de tous ses cohéritiers, mais moyennant un prix?

§ V. — *De la transmission de la succession.*

Art. 781 et 782.

228. — Dès que la succession est ouverte, la loi en investit l'héritier, qui l'acquiert même à son insu. S'il meurt avant d'avoir pris parti, il la transmet, confondue dans la sienne, à ses propres héritiers, légitimes ou testamentaires (voy. les n^os^ 34 et 36).

Qu'arrive-t-il lorsque l'héritier ou le successeur irrégulier meurt avant d'avoir pris parti?

Que peuvent faire ses héritiers?

L'héritier qui a renoncé transmet, non pas la succession, puisqu'il ne l'a plus, mais le droit de l'acquérir en l'acceptant, si elle n'a pas déjà été valablement acceptée par d'autres (art. 790).

Secundus, qui a succédé à *Primus*, est mort sans avoir pris parti : ses héritiers ont acquis, en même temps que la sienne, la succession de *Primus*. Ils l'ont acquise telle qu'il l'avait lui-même : ils peuvent donc, soit l'accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, soit la répudier.

Peuvent-ils, quant à la succession que le défunt leur a transmise, prendre chacun le parti qui lui convient?

Quid, s'ils ne sont pas d'accord?

Le système qu'a suivi le Code n'est-il pas dangereux?

L'acceptent-ils : ils acceptent par là même la succession à la-

Faut-il, en consé-

(1) Les renonciations *aliquo dato*, s'analysant en une acceptation tacite, suivie d'une *cession immédiate* de l'hérédité, ne sont opposables aux tiers que quand elles ont été transcrites sur le registre du conservateur (le registre des transmissions de biens par actes entre-vifs). Il en est de même de celles qui, bien que faites gratuitement, ont lieu *au profit d'un ou de plusieurs* des cohéritiers du renonçant (voy. mon *Traité de la transcription*, t. I^er^, p. 321 à 326).

quence, ne pas le suivre?

Ne peut-il pas arriver qu'en acceptant une succession on se trouve en accepter deux?

Ou qu'en renonçant à une succession on se trouve en accepter une autre?

quelle ils sont appelés de leur chef. En acceptant celle qui s'y trouve comprise, ils aliènent un droit qui faisait partie de la succession de *Secundus*, le droit de répudier la succession de *Primus*: c'est un nouveau cas d'acceptation tacite. Ainsi, il se peut qu'en acceptant une succession on en accepte une autre.

La répudient-ils : ils acceptent encore tacitement la succession de *Secundus*. Par cette répudiation, ils disposent d'un droit qui faisait partie de la succession ouverte à leur profit. Ainsi, il se peut qu'en renonçant à une succession on en accepte une autre.

229. — Les héritiers de *Secundus* ne peuvent pas choisir *séparément*, chacun, le parti qui lui convient relativement à la succession que le défunt leur a transmise : ils n'ont qu'un seul parti à prendre, l'acceptation pure et simple, ou l'acceptation bénéficiaire, ou enfin la répudiation. *Secundus*, qu'ils représentent, n'a pas pu, a-t-on dit, leur transmettre le droit de diviser ce qu'il ne pouvait pas diviser lui-même. Qu'arrivera-t-il donc s'ils ne sont pas d'accord? L'ancien droit voulait que la justice intervînt et qu'elle vidât le conflit en faisant prévaloir *le parti le plus avantageux*. Le Code n'a pas suivi ce système : il ne laisse pas à la justice le soin de décider sur le *quid utilius*. C'est lui-même qui tranche la difficulté : si les héritiers ne sont pas d'accord sur le parti à prendre, *la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire* (1). Le législateur est parti de cette idée, que, l'acceptation bénéficiaire étant toujours le parti le plus sage, il était inutile de consulter la justice. Mais rien n'est plus inexact. Nous avons, en effet, démontré (sous les nos 210 et 211) que la répudiation et même l'acceptation pure et simple sont souvent préférables à l'acceptation bénéficiaire.

Ce système du Code n'est donc point logique. Il est même fort dangereux : car l'un des héritiers peut, par une résistance ridicule, ou même en colludant avec les cohéritiers de leur auteur, de *Secundus*, imposer à ses propres cohéritiers une acceptation qu'ils ont intérêt à ne pas faire (2).

Frappés de ces résultats, quelques jurisconsultes ont pensé que l'art. 782 devenait recevoir son application qu'au cas où l'acceptation bénéficiaire est en réalité préférable à la répudiation. Ce n'est qu'en vue de cette hypothèse, disent-ils, que la loi impose l'acceptation bénéficiaire aux héritiers en conflit : il faut donc, dans l'hypothèse contraire, s'en tenir au système qui était autrefois suivi. Je n'admets point cette solution ; le texte y résiste trop énergiquement.

Ceux qui acquièrent une succession par voie de transmission succèdent-ils à

230. — Les héritiers de celui au profit duquel une succession s'était ouverte ne succèdent pas à la personne dont ils acquièrent la succession par transmission. Cette succession était confondue

(1) Nous trouvons là le cas d'une *acceptation imposée*, par conséquent, une exception au principe que : *Nul n'est tenu d'accepter une succession*.

(2) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 121.

dans le patrimoine du transmettant; elle faisait partie de ses biens, et en mourant il l'a transmise, comme tout autre droit, à ses propres héritiers. C'est lui, par conséquent, qui est le véritable héritier. De là il suit que les héritiers qui acquièrent une hérédité par transmission doivent *rapporter* à cette succession, non pas les libéralités qu'ils tiennent eux-mêmes du premier décédé, mais celles qu'a reçues l'héritier qui la leur a transmise.

la personne dont la succession leur est transmise?

Ainsi on succède soit *de son chef*, soit *par représentation;* on ne succède pas *par transmission*.

§ VI. — *Exceptions au principe que l'acceptation, une fois faite, est irrévocable.*

Art. 783.

L'acceptation est irrévocable.

Quelles sont les exceptions à cette règle?

Quelles personnes ont intérêt à déterminer un héritier à accepter?

231. — L'acceptation, en principe, est irrévocable. Mais, par exception, elle peut être rescindée :

1° *Lorsqu'elle a été faite par un héritier en fraude de ses créanciers :* c'est une application du principe de l'art. 1167;

2° *Lorsqu'elle a été faite par un héritier incapable de s'obliger, ou par le représentant de cet héritier, sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi;*

3° *Lorsqu'elle est le résultat d'un dol.* Les personnes qui ont intérêt à déterminer un successible à se porter héritier sont : 1° les créanciers héréditaires ; 2° ses cohéritiers.

Les créanciers héréditaires... Le défunt a laissé une succession insolvable et un héritier très-riche. Celui-ci accepte-t-il : les créanciers auront, à la place d'un débiteur insolvable, un débiteur qui les paiera intégralement.

Ses cohéritiers... Un héritier accepte la succession, la croyant bonne ; elle est insolvable : cet héritier a un intérêt marqué à ce que son cohéritier accepte. — Cet intérêt peut se concevoir même au cas où la succession est solvable. Le défunt a laissé 40,000 fr., deux frères, *Primus* et *Secundus;* ce dernier a reçu du défunt, à titre de donation, la somme de 80,000 fr. *Secundus* renonce-t-il : *Primus*, quoiqu'investi de la succession entière, n'a que 40,000 fr. Accepte-t-il : les 80,000 fr. dont il a été gratifié sont rapportés, c'est-à-dire réunis aux 40,000 fr. qu'a laissés le défunt; la masse partageable est alors de 120,000 fr., dont *Primus* prend la moitié. *Primus* gagne donc 20,000 fr. à l'acceptation.

Si le dol a été pratiqué par un créancier, l'héritier qui fait rescinder son acceptation, cesse-t-il d'être acceptant, même à l'égard de ses cohéritiers et des autres créanciers?

232. — Si le dol a été pratiqué par un créancier, l'héritier qui fait rescinder son acceptation cesse-t-il d'être acceptant, même à l'égard de ses cohéritiers? Et réciproquement, s'il la fait rescinder pour cause de dol pratiqué par l'un de ses cohéritiers, cesse-t-il de l'être, même à l'égard de ceux de ses cohéritiers qui n'ont pas pris part au dol et à l'égard des créanciers du défunt? — J'admets sans hésiter l'affirmative : de quelque personne que le dol émane, fût-il pratiqué par un tiers étranger à la succession, l'acceptation peut être rescindée, et rescindée d'une manière absolue.

Il est vrai qu'en matière de contrats, la partie qui prétend qu'elle a été victime d'un dol ne peut pas obtenir la rescision de la convention qu'elle a faite, quand les machinations frauduleuses dont elle se plaint ont été pratiquées par une personne autre que celle avec laquelle elle a contracté (art. 1116); mais cette disposition est particulière aux contrats. L'art. 783 prononce la rescision de l'acceptation, par cela seul que le dol est prouvé; et l'on conçoit facilement pourquoi il en est ainsi en matière d'acceptation de successions, tandis qu'il en est différemment en matière de conventions. Lorsque je contracte avec une personne, je dois compter sur l'efficacité, la solidité de l'opération à laquelle je concours de bonne foi. Si la partie avec laquelle j'ai contracté, au lieu de se renseigner près de moi, s'est adressée à des tiers qui l'ont égarée, qu'elle se fasse indemniser par eux du dommage qu'elle éprouve! Quant au contrat que j'ai fait avec elle, on ne peut pas sans injustice l'anéantir : car ce serait tromper mon attente légitime, et me punir d'un dol auquel je n'ai point participé. La loi a dû, au contraire, rescinder l'acceptation, toutes les fois qu'elle est le résultat d'un dol. En venant au secours de l'héritier induit en erreur, elle n'enlève à ses cohéritiers ou aux créanciers du défunt aucun avantage sur lequel ils ont dû compter. Cette rescision n'est pas pour eux un mécompte, elle ne les froisse pas dans leurs projets : car ils avaient dû compter moins sur l'acceptation que sur la renonciation, puisque l'héritier avait intérêt à renoncer. Elle n'est pas injuste, puisqu'elle ne fait que leur enlever la bonne fortune qu'un accident, un délit, leur avait procurée (1).

L'acceptation est-elle rescindable pour cause de violence?

233. — 4° *Lorsqu'elle a été le résultat d'une violence.* Mais, dira-t-on, l'art. 783 autorise l'héritier à demander la rescision de l'acceptation quand elle est le résultat *d'un dol;* il ne dit rien de la *violence :* donc la violence n'est pas ici, comme elle l'est en matière de contrats, une cause de rescision : *qui dicit de uno negat de altero.* Je réponds : Le dol est une cause de rescision de l'acceptation : donc *a fortiori* il doit en être de même de la violence, car la violence est un dol renforcé. Si la loi a distingué, au Titre *Des contrats,* la *violence* et le *dol*, c'est qu'en cette matière, ces deux vices du consentement diffèrent en un point essentiel : la *violence*, quel qu'en soit l'auteur, vicie le contrat; le *dol,* au contraire, ne le rend annulable qu'autant qu'il a été pratiqué par l'une des parties (art. 1116). Mais ici le simple *dol,* de quelque personne qu'il émane, rend l'acceptation rescindable : dès lors il n'y avait pas lieu de le distinguer de la *violence,* puisque la violence est elle-même un dol caractérisé.

La découverte de legs ignorés de l'héri-

234. — 5° *Lorsque la découverte d'un testament contenant des*

(1) MM. Val.; Dur., t. VI, n° 454; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 151; Dem., t. III, n° 103 *bis*, I; Marc., art. 783; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 577; Demol., t. II, n° 538.

legs pour plus de moitié de l'actif de la succession rend l'acceptation préjudiciable à l'héritier qui n'avait accepté que dans l'ignorance de ce testament. — Nous trouvons là une difficulté qui a bien embarrassé les commentateurs (1). Fixons-nous, avant de l'aborder, sur quelques points qu'il importe de connaître.

tier qui accepte donne-t-elle lieu à la rescision de l'acceptation ?

1° En principe, l'acceptation d'une succession n'est pas rescindable *pour cause de lésion ;* l'art. 783 le dit formellement. Ainsi, après avoir accepté, l'héritier découvre que les biens dont le défunt avait conservé la jouissance et qui semblaient lui appartenir réellement, avaient été par lui donnés ou vendus de son vivant: la succession, qu'il croyait fort riche, est, au contraire, insolvable. Il découvre des dettes qui absorbent de plus de moitié les biens laissés par le défunt: la succession, qu'il croyait bonne, est onéreuse. Dans l'un et l'autre cas, la lésion qu'il éprouve ne l'autorise pas à faire rescinder son acceptation. La loi a considéré que la rescision donnerait lieu à trop de procès: car tout héritier repentant d'avoir accepté ne manquerait point d'alléguer qu'il ne connaissait pas, au moment de l'acceptation, le *quantum* de la fortune laissée par le défunt. C'est à l'héritier à se renseigner avant de prendre parti : qu'il étudie la vie passée du *de cujus*, ses habitudes; qu'il consulte les personnes qui ont eu des rapports avec lui. A-t-il quelques doutes: qu'il accepte sous bénéfice d'inventaire !

L'acceptation est-elle rescindable pour cause de lésion ?

Pour cause d'erreur ?

2° L'erreur, qui, en matière de contrats, est une cause de rescision, ne rend pas l'acceptation rescindable. La raison en est bien simple: c'est qu'ici l'*erreur* se confond nécessairement avec la *lésion*. Dans quel cas, en effet, l'erreur est-elle considérée comme un vice du consentement? Lorsqu'elle porte sur la substance, c'est-à-dire sur les qualités essentielles de la chose qu'on se propose d'acquérir (art. 1110) ! Or, qu'est ce que la substance d'une succession, si ce n'est son *quantum?* C'est donc se plaindre d'une *lésion* qu'invoquer son *erreur* pour faire rescinder l'acceptation.

La découverte de dettes ignorées de l'héritier qui a accepté donne-t-elle lieu à la rescision de l'acceptation ?

D'où vient cette différence entre la découverte des *dettes* et celle des *legs?*

D'où vient aussi que l'héritier acceptant qui découvre que les biens que possédait le défunt avaient été par lui *vendus ou donnés* en son vivant ne peut point faire rescinder son acceptation, tandis qu'il le peut lorsqu'il découvre que le défunt les avait *légués?*

235. — Ainsi, la lésion qui résulte de la découverte des *dettes* du défunt ou des *aliénations* qu'il avait faites en son vivant n'est pas une cause de rescision de l'acceptation. Il en est autrement de la découverte des *legs*. D'où vient cette différence?

En ce qui touche les *legs* et les *donations*, la raison de différence se concevait facilement dans notre ancien droit. Autrefois les donations devaient être rendues publiques par leur insinuation sur un registre existant, à cet effet, au greffe des tribunaux; à défaut de cette insinuation, elles étaient nulles, même *à l'égard des héritiers du donateur*. De là le raisonnement suivant: ou les donations ont été rendues publiques par l'insinuation, et alors les héritiers ont dû les connaître ; ou elles n'ont pas été insinuées, et alors leur découverte ne cause aux héritiers aucun préjudice, puisqu'elles sont nulles.

(1) Voy., sur cette matière, une savante dissertation de M. Bertauld (*Revue pratique*, t. X, p. 529 et suiv.).

Cette législation, qui était encore en vigueur au moment de la rédaction de l'art. 783, a été plus tard abrogée. Toutefois, quant aux donations d'*immeubles*, l'*insinuation* a été remplacée par une autre théorie, plus ou moins analogue, la *transcription* (voy. les nos 686, 692 à 695).

Suivant quelques personnes, les donations d'immeubles *non transcrites* sont, comme autrefois les donations *non insinuées*, nulles à l'égard des héritiers du donateur (voy. les nos 701 et 702). Dans ce système, on comprend facilement pourquoi la découverte des *donations d'immeubles* n'est pas une cause de rescision de l'acceptation. Mais, suivant l'opinion générale, les donations d'immeubles, quoique non rendues publiques par la transcription, sont opposables aux héritiers du donateur. Dans ce système, l'explication qui vient d'être indiquée n'est plus possible.

Elle ne l'est pas non plus quant aux donations de meubles, puisque celles-ci ne sont soumises à aucune condition de publicité. Nous devons donc chercher une autre explication.

La découverte des *donations* n'autorise pas l'héritier à faire rescinder son acceptation, parce que, ces aliénations ayant été faites devant un officier public, en présence de plusieurs témoins, l'héritier a pu aisément les découvrir en se renseignant avant d'accepter. S'il les a ignorées, c'est qu'il n'a pas fait ce qu'il fallait pour les découvrir. Il est en faute : partant, la loi ne lui doit aucune protection. Il n'en est point de même des *testaments* : car, le plus souvent, les testateurs les tiennent secrets. L'héritier qui ne les a pas découverts n'a aucune faute à se reprocher : la loi devait le protéger.

C'est par le même motif qu'on explique pourquoi les rédacteurs du Code n'ont point pris en considération la découverte des *dettes* du défunt, et des *aliénations à titre onéreux* (1) qu'il a faites en son vivant : l'héritier qui se renseigne suffisamment parviendra toujours à les découvrir. Le *de cujus*, en effet, n'a pu contracter des dettes, faire des ventes, sans se mettre en rapport avec des tiers, qui, loin d'avoir intérêt à cacher leurs droits, sont au contraire intéressés à leur donner le plus de publicité possible.

Dire que l'héritier qui, après avoir accepté, découvre un testament dont il ignorait l'existence, peut faire rescinder pour cette cause son acceptation, c'est dire que ce testament peut le constituer en perte ; mais comment cela se peut-il faire ?

236. — Abordons maintenant la difficulté que nous avons annoncée.

La découverte d'un testament qui contient des legs dont le montant dépasse la moitié de l'actif de la succession est une cause de rescision de l'acceptation. La découverte de ce testament peut donc constituer l'héritier *en perte !*

C'est là ce qu'on a tant de peine à établir. Si on admettait, avec MM. Duranton (t. VI, n° 462) et Demolombe (t. II, n° 522) (2), que

(1) Les aliénations à titre onéreux *d'immeubles* sont aujourd'hui soumises à la formalité de la transcription, de même que les donations (voy. la loi du 23 mars 1855).

(2) Dans le même sens, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 152 et 192.

l'héritier qui a accepté purement et simplement est tenu de payer les legs *ultrà vires successionis*, c'est-à-dire *sur ses biens personnels*, quand l'actif de la succession ne suffit pas pour les acquitter intégralement, on comprendrait sans difficulté que la découverte d'un testament pût être funeste à l'héritier et lui causer une lésion. Mais il est généralement admis que l'héritier n'est tenu des *legs* qu'*intrà vires successionis*. On conçoit qu'il en soit autrement quant aux *dettes* : une solidarité d'honneur existant entre les membres de la même famille, les survivants *représentent* ceux qui ne sont plus : continuateurs de la personne du défunt, ils sont tenus de ses dettes comme il l'était lui-même, c'est-à-dire *ultrà vires bonorum*. Au contraire, sur quel principe s'appuyer pour mettre à la charge de l'héritier les libéralités désordonnées du défunt ? L'héritier est-il actionné comme *représentant* du testateur : il n'est tenu de payer aucune portion des legs, car le testateur n'en était pas tenu : les legs n'obligent pas celui qui les fait (voy. art. 895). Est-il poursuivi comme *successeur aux biens* : il n'est alors tenu que dans la limite des biens qu'il détient (voy. le n° 32).

Est-ce qu'il est tenu de payer les legs *ultrà vires bonorum?* Et, s'il ne l'est pas, comment les legs peuvent-ils le constituer en perte ? Quelle espèce faut-il donc supposer pour comprendre l'intérêt qu'il peut avoir à faire rescinder son acceptation ?

Nos anciens auteurs admettent tous que *les legs ne se paient que sur les biens, déduction faite des dettes,* et rien ne montre que le Code ait entendu innover à cet égard. Une aussi grave innovation eût certainement donné lieu à des controverses très-vives ; or, les travaux préparatoires du Code sont muets sur ce point. Quant aux dispositions du Code lui-même, loin d'indiquer une pensée d'innovation, elles rappellent toutes, au contraire, l'ancienne théorie :

C'est d'abord l'art. 724, où l'on voit que l'héritier est saisi des biens, sous l'obligation d'acquitter *toutes les charges de la succession. Toutes* les charges...., c'est-à-dire lors même qu'elles dépassent l'actif. Toutes les *charges*, c'est-à-dire les dettes du défunt et aussi certaines dépenses qui ont été faites depuis l'ouverture de la succession, telles que les frais funéraires ; mais ce mot *charges* ne comprend pas les *legs*, car nous voyons dans l'art. 1009 le mot *legs* opposé au mot *charges*.

C'est ensuite l'art. 802, où il est dit que l'effet de l'acceptation bénéficiaire est de donner à l'héritier l'avantage de n'être tenu des *dettes* que jusqu'à concurrence des biens. S'il était tenu des *legs* comme des *dettes*, la loi n'eût certainement pas restreint aux *dettes* l'effet du bénéfice d'inventaire (1).

Ainsi, il est bien entendu que l'héritier n'est tenu des legs que *dans la limite de l'émolument qu'il recueille* : les legs laissés par un testateur insolvable sont, par conséquent, nuls ou caducs.

237. — Cela posé, comment concevoir que la découverte d'un legs puisse constituer en perte l'héritier qui a accepté la succession ? Supposons la découverte d'un legs *particulier*. De deux

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 210; Dem., t. III, n° 24 *bis*, V, 103 *bis*, II, et 124 *bis*, II; Duv.; Marc., art. 1017; Villequez, *Revue de droit franç. et étrang.*, 1850. p. 155 et 227.

choses l'une : Le passif est-il supérieur ou égal à l'actif, le legs est nul : il ne nuit donc pas à l'héritier ! Le passif est-il inférieur à l'actif, le legs ne sera payé que dans la limite de l'excédant de l'actif sur le passif : l'héritier gagnera moins, mais il ne perdra pas !

La difficulté est plus grande, si nous supposons que le legs découvert est *à titre universel*. La succession est-elle bonne : l'héritier serait bien sot de demander la rescision de son acceptation, car la présence du légataire ne fait que lui enlever une portion des avantages dont il est investi. Est-elle insolvable : que lui importe alors la présence du légataire ? si le légataire réclame la fraction qui lui a été léguée, il devra supporter une fraction correspondante des dettes : sa présence ne nuit donc pas à l'héritier !

Je suppose enfin le legs *universel*. Si la succession est bonne, l'héritier perd tous les avantages attachés à sa qualité d'héritier : il cesse de gagner ; mais il ne perd pas ! Si elle est insolvable, le légataire la lui enlève activement et *passivement* : sa présence ne cause donc à l'héritier aucun préjudice !

Ainsi, la découverte du testament sur laquelle l'héritier se fonde pour faire rescinder son acceptation *ne le constitue point en perte*. Et cependant la loi l'admet, en présence de cette découverte, à faire rescinder son acceptation *pour cause de lésion !*

Les interprètes sont pourtant parvenus à trouver le mot de cette énigme juridique.

Soit une succession de 100,000 fr. de biens, et de 80,000 fr. de dettes connues. Avant de prendre parti, l'héritier a raisonné ainsi : « Si j'accepte, j'aurai un capital de 100,000 fr. pour payer les dettes connues. Peut-être existe-t-il d'autres dettes dont j'ignore l'existence ; mais, si j'en découvre de nouvelles, je ne serai pas pris au dépourvu : les 20,000 fr. qui me resteront après avoir payé les dettes connues suffiront, sans aucun doute, à faire face aux dettes inconnues. Je suis pleinement sauvegardé, je puis accepter. » Ainsi, il ne s'est déterminé à accepter que parce qu'il a compté sur la *totalité* de l'actif pour faire face aux dettes connues et inconnues.

Après avoir pris parti, il découvre un testament qui contient un legs *particulier* de 60,000 fr. S'il reste héritier, le légataire aura le droit d'exiger de lui l'excédant de l'actif sur le passif connu, c'est-à-dire, dans l'espèce, les 20,000 fr. sur lesquels l'héritier avait compté pour faire face aux dettes inconnues. Maintenant, qu'on suppose que des créanciers se présentent et qu'ils réclament, par exemple, 20,000 fr. que leur devait le défunt : l'héritier, qui est tenu *ultrà vires*, sera tenu de les payer de son propre argent. Il aura, à la vérité, un recours, une *condictio indebiti*, contre le légataire, à l'effet de se faire restituer les 20,000 fr. qu'il lui a payés, et qu'il ne lui devait pas, puisque l'actif était absorbé par le passif ; mais cette action ne le protége pas suffisamment, car *le légataire peut être insolvable*. Un danger le menace

donc, s'il reste héritier : en conséquence, la loi lui permet de s'y soustraire, en faisant rescinder son acceptation.

Si le legs découvert est *à titre universel*, le résultat est le même.

Lorsqu'il est *universel*, une distinction devient nécessaire.

Si l'héritier est *non réservataire*, la succession ne s'est pas ouverte à son profit : car il ne peut être question de succession *ab intestat* quand le défunt a réglé lui-même sa succession. Le parent qui a accepté n'était donc pas héritier. Il a accepté une succession à laquelle il n'avait pas droit : son acceptation est radicalement *nulle*, il n'a pas besoin de la faire rescinder.

Mais, si l'héritier est *réservataire*, le légataire universel ne l'exclut pas ; c'est même l'héritier qui est saisi (art. 1004), et c'est lui seul qui représente le défunt. L'acceptation qu'il a faite est donc valable ; et, comme il peut être poursuivi *pour le tout*, par les créanciers du défunt, sauf son recours contre le légataire universel, il a le même intérêt, et, par conséquent, le même droit que dans les espèces précédentes, à faire rescinder son acceptation. La loi ne distingue pas, en effet, si le legs qui a été découvert est *particulier* ou *universel*.

238. — L'art. 783 suppose que la rescision de l'acceptation est demandée *par un héritier majeur*. Que décider donc si un héritier *mineur* la demande ? doit-elle être admise ? L'acceptation étant nécessairement sous bénéfice d'inventaire quand elle est faite au nom d'un mineur, il semble qu'elle doive toujours être irrévocable. En effet, dit-on, quel intérêt peut-il avoir à la faire rescinder ? Comment peut-elle le constituer en perte ? *Il n'est tenu des dettes que dans la limite de son émolument !*

Cette objection n'est pas juste. Nous avons déjà démontré (sous les nos 210 et 211) que l'acceptation bénéficiaire elle-même peut être très-préjudiciable à l'héritier qui l'a faite, puisque, de même que l'acceptation pure et simple, elle l'oblige à rapporter à ses cohéritiers les libéralités qu'il a reçues du défunt. Dès lors, il n'existe aucune raison de la déclarer plus irrévocable que l'acceptation pure et simple. Notre article n'est pas exclusif lorsqu'il parle de l'héritier majeur : il ne fait que statuer sur le *plerumque fit*.

239. — Terminons cette matière par deux observations.

La découverte d'un testament est-elle toujours une cause de rescision ?

Faut-il que les legs qu'il contient dépassent la moitié de l'actif *brut*? Suffit-il qu'ils dépassent l'actif *net*?

1° La loi n'autorise point la rescision lorsque le montant des legs découverts ne dépasse point la moitié de l'*actif* de la succession. Mais remarquons qu'il s'agit ici de l'actif *brut*, et non point de l'actif *net*, c'est-à-dire de l'excédant des biens sur les dettes. Autrement, la découverte d'un legs de quelques francs pourrait autoriser, ce qui serait absurde, la rescision d'une acceptation ! Soit une succession de 100,010 fr. de biens et de 100,000 de dettes : l'actif net est de 10 fr. La découverte d'un legs de 6 fr. rendra-t-elle rescindable l'acceptation de cette succession (1) ?

(1) MM. Dur., t. VI, n° 461 ; Val.; Demol., n° 551.

Quid, si l'héritier, quand il découvre le testament, a employé tous les biens à l'acquittement des dettes?

2o Quel que soit le montant des legs découverts, l'acceptation n'est pas rescindable dans le cas où l'actif brut est absorbé par le paiement des dettes connues. Dans ce cas, en effet, la découverte des legs ne nuit point à l'héritier : car, dès qu'il a employé tout l'actif au paiement des dettes connues, il n'a rien à payer aux légataires. Les legs, étant *nuls*, doivent être considérés comme non avenus (voy. le no 236). — Ainsi, l'art. 783 n'est applicable qu'au cas où les legs sont découverts avant l'épuisement de l'actif par le paiement des dettes connues, c'est-à-dire à une époque où l'héritier a encore en sa possession des biens provenant de la succession (M. Val.).

§ VII. — *Dans quel délai doit être formée la demande en rescision.*

240. — Quelques personnes, admettant le principe de l'article 1304, veulent qu'elle soit formée dans les dix ans (1). D'autres font remarquer que cet article, ne parlant que de la rescision des *conventions*, ne régit pas celle de l'acceptation d'une *succession* : elles décident, en conséquence, que l'action peut être formée pendant trente ans, suivant le principe de l'art. 2262 (Marc., art. 783).

§ VIII. — *De l'effet de la rescision.*

241. — L'héritier dont l'acceptation a été rescindée se trouve replacé dans la position que la loi lui avait faite avant qu'il n'eût accepté : il peut donc accepter de nouveau, même sous bénéfice d'inventaire. Mais, dit-on, n'a-t-il pas, en faisant rescinder son acceptation, manifesté l'intention de n'être pas héritier? Je le confesse, mais la loi n'admet point les *renonciations tacites* (art. 784).

6e *Répétition.*

SECTION II. — DE LA RENONCIATION AUX SUCCESSIONS.

Qu'est-ce que la renonciation?

242. — La renonciation est l'acte par lequel l'héritier déclare expressément qu'il entend être considéré comme étranger à la succession.

§ I. — *Des conditions nécessaires à la validité de la renonciation.*

Quelles sont les conditions auxquelles est subordonnée sa validité?

243. — Il faut : 1° *Que la succession soit ouverte.* L'ancien droit autorisait, au contraire, les renonciations aux successions futures. Ainsi, les filles renonçaient fréquemment, par leur contrat de mariage, moyennant la dot qui leur était constituée, à la succession de leurs père et mère. Ces renonciations anticipées avaient été

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 199, et t. V, p. 155; Demol., t. II, no 555.

autorisées, « afin, dit Pothier, de conserver les biens sur la tête des mâles et de soutenir la splendeur du nom. » Cette législation devait disparaître avec les idées d'égalité que consacrait le Code. De là, l'art. 791 : « On ne peut, *même par contrat de mariage*, renoncer à la succession d'un homme vivant. » Ce même article prohibe l'aliénation des droits éventuels à la succession (voy. aussi les art. 1130 et 1600). Les actes de cette nature ont paru contraires à la décence publique : ils supposent, a-t-on dit, chez ceux qui les font le désir de la mort d'un parent, *votum mortis*. — Le droit romain validait cependant les conventions sur successions non ouvertes, quand le *de cujus* futur y donnait son consentement. La loi française n'admet pas cette exception. Elle a pensé que ces renonciations sollicitées par le *de cujus* futur seraient le plus souvent imposées et acceptées par suite de l'autorité qu'il exerce.

Pourquoi ne peut-on pas renoncer à une succession future? Le peut-on par contrat de mariage?

L'arrangement intervenu sur une succession future est-il valable si le *de cujus* y a donné son consentement?

Par exception, la loi tolère les conventions sur successions futures dans les hypothèses prévues par les art. 761 et 918.

244. — 2° *Que l'héritier qui répudie ait la conscience que la succession est ouverte.* Ainsi, lorsque je renonce à la succession d'une personne décédée, mais que je crois encore vivante, cette renonciation reste sans effet (voy., sous le n° 216, une décision semblable).

La renonciation faite par un héritier *qui ne sait pas que la succession est ouverte* est-elle valable?

245. — Le parent plus éloigné peut-il valablement renoncer, avant que la succession lui soit dévolue par suite de la renonciation du parent plus proche auquel elle est actuellement déférée? Sans aucun doute! cette renonciation n'est point immorale, puisqu'elle a pour objet la succession d'une personne décédée; elle ne constitue point un acte de propriété sur les biens appartenant à un autre, puisque celui qui la fait se dépouille, par avance, d'un droit qui peut s'ouvrir à son profit. Pourquoi dès lors l'annuler? (Voy., sous le n° 215, une décision semblable.)

La succession qui est ouverte peut-elle être valablement répudiée par les parents qui sont appelés à la recueillir, en vue du cas où elle serait répudiée par ceux au profit desquels elle s'est ouverte?

246. — 3° *Que l'héritier qui renonce soit capable d'aliéner.* Ainsi, les règles sur la capacité de l'héritier qui accepte sont également applicables à l'héritier qui répudie (voy. le n° 217).

Par qui la renonciation peut-elle être faite?

§ II. — *Comment se fait la renonciation.*

Art. 784

247. — L'acceptation peut être expresse ou tacite. La renonciation, au contraire, doit toujours être expresse : elle ne se présume pas, dit l'art. 784. Il ne suffit même pas qu'elle soit expresse; il faut de plus qu'elle soit faite, selon le mode indiqué par la loi, au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession.

Comment se fait-elle? L'héritier qui veut répudier la succession se présente-t-il seul au greffe du tribunal?

La déclaration de l'héritier est inscrite sur un registre à ce destiné.

L'héritier qui va au greffe faire sa déclaration ne doit pas se présenter seul, car le greffier peut ne pas le connaître : il doit être accompagné d'un avoué, qui affirme son identité. Mais, bien entendu, l'assistance de l'avoué n'est nécessaire que pour la sauve-

garde du greffier, qui, par conséquent, peut ne pas l'exiger.

Il n'est point indispensable que le renonçant se présente en personne : il peut se faire représenter par un mandataire, muni, à cet effet, d'une procuration authentique ou sous seing privé.

Pourquoi la loi veut-elle que la renonciation soit faite au greffe du tribunal ?

La renonciation pouvait autrefois être faite tant devant un notaire qu'au greffe du tribunal. Sous le Code, elle ne peut l'être qu'au greffe. On devine le motif de cette innovation. La renonciation intéresse plusieurs personnes, les cohéritiers du renonçant, et surtout, quand il est seul, les parents qu'il excluait par sa présence : il importe donc que ces personnes en soient promptement averties. Or, si la renonciation avait pu être faite chez un notaire, il aurait fallu, pour la connaître, consulter tous les notaires de France. On proposa, il est vrai, au Conseil d'État, d'exiger qu'elle fût faite chez un notaire, au domicile du défunt; mais les notaires de ce domicile peuvent être fort nombreux, tandis qu'il n'existe toujours qu'un seul tribunal au domicile du défunt.

Art. 785 et 786.

§ III. — *Des effets de la renonciation.*

Quel est l'effet de la renonciation ?

Est-il bien vrai que la part de l'héritier renonçant accroisse à ses cohéritiers ?

248. — L'héritier qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier. En conséquence, « sa part, dit l'art. 786, accroît *à ses cohéritiers;* s'il est seul, elle est dévolue *au degré subséquent.* »

Cette disposition est inexacte sous plusieurs rapports; elle a besoin d'être bien entendue.

249. — 1er CAS. *L'héritier qui a renoncé avait des cohéritiers.* — Que devient sa part? Ne disons pas qu'elle accroît *à ses cohéritiers :* car cette proposition est beaucoup trop absolue. Je prends des espèces :

Le *de cujus* a laissé deux fils, *Primus* et *Secundus*, qui ont chacun deux enfants; *Primus* et *Secundus* sont exclus comme indignes : leurs enfants succèdent donc, non *par représentation,* mais *de leur chef* (voy. les nos 69 et 89); l'un des quatre petits-fils renonce : sa part accroît à ses *cohéritiers*, c'est-à-dire à son frère et à ses deux cousins. Dans cette hypothèse, la disposition de la loi n'a rien que de très-exact.

Qui profite de la part du renonçant, lorsque l'un des héritiers d'une souche répudie la succession?

250. — Le *de cujus* laisse deux petits-fils, nés de son fils *Primus*, prédécédé, et deux petits-fils, nés de son fils *Secundus*, aussi prédécédé. Les quatre petits-fils succédant *par représentation*, le partage se fera par souche. L'un d'eux renonce : que devient sa part? A s'en tenir à la lettre de la loi, elle devrait accroître *à ses cohéritiers*, c'est-à-dire à son frère et à ses deux cousins. Mais il est évident que cette solution est inadmissible. Le petit-fils renonçant étant réputé n'avoir jamais été héritier, son père est exclusivement représenté par son second fils, et, en conséquence, celui-ci doit avoir, à lui seul, toute la part qu'aurait eue son père s'il eût survécu, c'est-à-dire la moitié de la succession. — Ainsi, lorsqu'un des héritiers d'une souche répudie la succession, sa part accroît,

non pas à tous ses cohéritiers, mais seulement à ceux qui sont de la même souche que lui.

Qui en profite, lorsque l'un des héritiers d'une ligne répudie la succession?

251. — Le *de cujus* a laissé plusieurs héritiers *paternels* et plusieurs héritiers *maternels;* l'un des parents *paternels* renonce : sa part accroît, non pas à *tous* ses cohéritiers, mais seulement à ceux qui sont de la même ligne que lui. En effet, aux termes de l'art. 733, il ne se fait de dévolution d'une ligne à l'autre que lorsque, dans une ligne, il ne se trouve aucun parent au degré successible. — Ainsi, lorsqu'un des héritiers d'une ligne répudie la succession, sa part n'accroît qu'à ceux qui sont de la même ligne que lui.

Lorsque les père ou mère concourent avec les frères et sœurs, et que le père ou la mère renonce, qui profite de sa part?

252. — Le *de cujus* laisse son père, sa mère et un frère ; le père renonce : sa part n'accroît pas à ses cohéritiers ; elle appartient exclusivement au frère, qui prend les trois quarts de la succession. En effet, le père étant réputé n'avoir jamais été héritier, la succession doit être dévolue comme s'il était en réalité mort avant le *de cujus;* or, si le père était mort avant son fils, la mère serait appelée pour le quart, et le frère pour les trois quarts (article 749).

Est-il vrai que la succession, lorsque le renonçant était seul appelé, est dévolue au degré subséquent?

253. — 2e CAS. *L'héritier qui a renoncé était seul appelé.* — Que devient la succession? Ne disons pas qu'elle est dévolue *au degré subséquent.* Ici encore la proposition de la loi est trop absolue, car ce n'est pas toujours d'après *la proximité du degré* qu'est dévolue la succession. Le *de cujus* laisse son père et son fils ; le fils, qui est seul héritier, renonce : la succession est dévolue au fils du renonçant; à son défaut, à son petit-fils ; en un mot, à ses descendants, si éloignés qu'ils soient du *de cujus*, et à l'exclusion du père qui pourtant est au premier degré. La succession leur est dévolue, parce que les ascendants ne succèdent qu'à défaut de descendants.

En résumé, qui profite de la renonciation?

En résumé, *la renonciation profite à ceux auxquels la présence de l'héritier qui a renoncé faisait obstacle* (1).

Quelle différence y a-t-il entre un héritier renonçant et un héritier prédécédé?

254. — On peut assimiler l'héritier *renonçant* à un parent *prédécédé*, sauf que le premier ne peut pas être représenté, tandis que le second peut l'être, dans le cas où la représentation est admise.

Quelle conséquence faut-il tirer du principe que l'héritier renonçant peut être assimilé à un parent prédécédé?

Du principe que l'héritier qui renonce peut être, en ce qui touche la dévolution des biens, assimilé à *un parent prédécédé,* il suit que, si les parents appelés à son défaut meurent avant qu'il ait renoncé, ce sont leurs héritiers légitimes ou testamentaires qui prononcé, ce sont leurs héritiers légitimes ou testamentaires qui profiteront de sa renonciation. En effet, du moment que l'héritier renonçant est réputé n'avoir jamais été héritier, les parents qui viennent à son défaut sont réputés l'avoir été le jour même de l'ouverture de la succession : ils ont donc transmis à leurs propres héritiers la succession qui, par une fiction de droit, est réputée s'être ouverte dans leurs personnes.

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 146; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 168; Demol., t. III, n° 37.

Le principe que l'héritier renonçant est réputé n'avoir jamais été héritier est-il vrai sous tous les rapports?

255. — Il ne faut pas, au reste, exagérer la règle que l'héritier qui renonce *est réputé n'avoir jamais été héritier*. Cette fiction n'est vraie que relativement à la *dévolution* des biens. Mais, en ce qui touche l'*administration* de la succession par le renonçant et les poursuites qui ont été dirigées contre lui, il a été en réalité héritier, ou, si l'on veut, le représentant de la succession. Ainsi, les actes d'administration qu'il a faits sont valables : les personnes qui profitent de sa renonciation doivent les respecter. Les demandes qui ont été formées contre lui ne sont pas annulées par suite de sa renonciation : elles ont, par conséquent, interrompu la prescription, dans l'intérêt de ceux qui les ont faites (M. Val.).

Les cohéritiers du renonçant reçoivent-ils, *malgré eux*, la part qu'il a abandonnée?

256. — Une question nous reste à examiner. En principe, les cohéritiers du renonçant ne peuvent pas répudier la part qu'il a abandonnée : l'accroissement est *forcé* et non *facultatif*. Mais faut-il décider de même quand l'héritier a renoncé *après avoir fait rescinder son acceptation*, conformément à l'art. 783? La question se résout par une distinction. L'acceptation de ses cohéritiers est-elle *antérieure* à celle qu'il a fait rescinder, l'accroissement est *forcé* : en acceptant avant lui, ils avaient volontairement accepté la chance d'avoir toute l'hérédité, bonne ou mauvaise. Est-elle au contraire *postérieure*, l'accroissement est *facultatif*. Dans ce dernier cas, en effet, leur acceptation n'a été qu'une suite de celle qu'avait faite leur cohéritier : ils n'ont consenti à prendre à leur risque le fardeau de la succession, que parce qu'ils comptaient n'être pas seuls à le porter. Qu'on ne dise pas qu'ils ont dû prévoir que l'héritier qui avait accepté avant eux pourrait faire rescinder son acceptation et répudier ensuite : la rescision d'une acceptation est un fait si rare qu'il n'a pas dû entrer dans leurs prévisions. — Il y a donc un cas où la part du renonçant n'accroît pas à ses cohéritiers. On la considère alors comme vacante (1).

Y a-t-il un cas où la part du renonçant n'accroît pas à ses cohéritiers?

Que devient-elle alors?

Art. 790.

§ IV. — *Du droit qu'a le renonçant de revenir sur sa renonciation.*

L'héritier qui a renoncé peut-il se repentir et accepter la succession qu'il a imprudemment abandonnée?

A quelles conditions cette faculté est-elle subordonnée?

257. — En droit romain, la renonciation une fois faite était irrévocable. Pothier suivait la même règle : « Celui, dit-il, qui répudie une succession perd *absolument* le droit qu'il avait de l'accepter. »

(1) MM. Dur., t. VI, n° 464; Dem., t. III, n° 106 *bis*, II. — Suivant Toullier (t. II, n° 336) et M. Villequez (*Rev. de Droit franç. et étrang.*), l'accroissement est, *dans tous les cas*, *facultatif*. — MM. Duvergier, *sur Toull.* (t. II, n° 336, note 3); Marc., art. 783; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 132 et 152; Demol. (t. II, n° 156), et Hureaux (*Rev. prat.*, t. XVII, p. 180), soutiennent, au contraire, qu'il est *toujours forcé*. Lors, disent-ils, que la succession est dévolue à plusieurs héritiers, chacun d'eux a droit *au tout* (voy., ci-dessous, le n° 891). Partant, nul d'entre eux ne la peut accepter pour partie : *hereditas pro parte adiri nequit*. D'où le principe : *coheres, portionem coheredis renuntiantis, licet invitus acquirit*. Les art. 785 et 786, où ce principe a été consacré, ne distinguent pas : leurs termes sont absolus.

Domat était d'un avis contraire : « La renonciation a cet effet, dit-il, que celui qui a répudié la succession ne peut plus la reprendre, *si celui qui devait succéder à son défaut s'est mis en sa place...*»

Le Code Napoléon a consacré l'idée de Domat : l'héritier qui a répudié la succession peut la reprendre en l'acceptant. Mais cette faculté est subordonnée à deux conditions :

1° Il faut que la succession n'ait été acceptée par aucun autre héritier (légitime ou irrégulier), soit *avant*, soit *depuis* la répudiation qu'en a faite celui qui se propose actuellement de l'accepter. Si le renonçant pouvait dépouiller ceux qui ont profité de sa renonciation, et qui, par leur acceptation, ont consolidé dans leurs personnes le droit qu'il a abandonné, cette faculté serait préjudiciable à l'intérêt public, car elle jetterait l'incertitude dans la propriété des biens.

2° Il ne suffit pas que la succession n'ait été acceptée par aucun héritier ; il faut, de plus, que le renonçant l'accepte avant que la faculté d'accepter soit éteinte par l'effet de la prescription (voy., sous les nos 260 et suiv., l'expl. de l'art. 789).

L'héritier qui accepte la succession qu'il avait répudiée n'est-il pas tenu de respecter les droits acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession pendant qu'elle était vacante, soit par prescription ?

258. — L'héritier qui accepte une succession qu'il avait répudiée doit respecter « les droits acquis à des tiers sur les biens du défunt, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante, soit par prescription. »

Soit par *actes valablement faits avec le curateur*... Lorsque la succession a été répudiée par l'héritier, la saisine n'est plus nulle part : elle n'appartient ni à l'héritier qui a renoncé, ni au parent que la loi appelle à son défaut. Autrement, il faudrait dire, ce qui serait peu rationnel assurément, qu'ils sont saisis tous les deux (puisque la loi leur donne à l'un et à l'autre le droit d'accepter la succession), et que chacun a la faculté d'enlever à l'autre les biens dont il est investi (voy. le n° 207). — La succession répudiée par l'héritier saisi est donc vacante, et dès lors il y a lieu à la nomination d'un curateur. Ce curateur représente la succession, il en est l'administrateur : il peut, à ce titre, faire non-seulement des actes d'administration, tels que des baux de neuf ans, mais encore se faire autoriser par la justice à aliéner les meubles qui se détériorent facilement, et même les meubles quels qu'ils soient, ou des immeubles, quand ces aliénations sont nécessaires, par exemple, lorsqu'il importe de se procurer de l'argent pour payer les créanciers (art. 813, 814 C. N., et 1002 C. pr.). Le curateur peut également figurer, soit comme demandeur, soit comme défendeur, dans les procès qui intéressent la succession. L'héritier renonçant qui se décide à l'accepter la reçoit telle que le curateur l'a faite en agissant dans la limite de ses pouvoirs.

La prescription court-elle contre une succession vacante? Cette prescription est-elle juste?

Soit *par prescription*... La loi fait ici l'application d'une règle générale, savoir, que la prescription court contre une succession vacante, soit qu'elle ait un curateur, soit qu'elle n'en ait point (art. 2258). La succession, s'est-elle dit, a été ou n'a pas été pourvue d'un curateur. Au premier cas, un défenseur est placé

près d'elle pour la défendre contre les empiétements des tiers: sous quel prétexte dès lors suspendre à son profit le cours des prescriptions auxquelles elle peut être exposée ? Si le représentant qui la doit protéger néglige son devoir, s'il laisse accomplir contre elle les prescriptions qu'il devrait empêcher ou interrompre, l'héritier qui plus tard l'acceptera aura son recours contre lui ! — Au deuxième cas, il ne serait pas juste que les débiteurs de la succession, et les tiers qui possèdent des biens dont elle a la propriété, fussent privés du bénéfice du droit commun, parce qu'il a plu au successible qui y était appelé de la répudier, et parce que ses créanciers ont négligé de placer près d'elle un représentant pour la défendre.

Quid, si l'héritier qui reprend la succession est mineur ou interdit ?

259. — Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent, *sauf une seule*, à l'héritier mineur qui accepte la succession répudiée par son tuteur dûment autorisé. — *Sauf une seule...* La prescription, en effet, n'aura pas couru contre lui, si plus tard il accepte la succession : car, aux termes de l'art. 2252, la prescription ne court pas contre les mineurs. Aussi l'art. 462 ne dit-il pas, comme l'art. 790, que les prescriptions acquises à des tiers doivent être respectées par le mineur qui reprend la succession (1).

§ V. — *De la prescription de la faculté d'accepter ou de renoncer.*

Art. 789.

La faculté d'accepter ou de répudier est-elle prescriptible? Par quel laps de temps l'est-elle?

260. — En droit romain, la faculté d'accepter ou de répudier était imprescriptible. L'héritier, poursuivi par les créanciers du défunt ou par les légataires, était sans doute obligé de prendre parti; mais, à défaut de poursuites, il pouvait, *même après trente ans*, accepter ou répudier la succession. Le Code a suivi un autre système : aux termes de l'art. 789, « la faculté d'accepter *ou* de répudier la succession se prescrit par le laps de temps requis

(1) M. Val. Voy. aussi M. Hureaux, *Rev. prat.*, t. XVII, p. 177. — Quelques personnes (notamment M Demolombe, t. V, p. 701) soutiennent, au contraire, que le mineur lui-même est obligé de respecter les prescriptions qui ont couru contre la succession pendant qu'elle était vacante.

La succession ayant été régulièrement répudiée par le tuteur, le mineur a cessé d'être propriétaire des biens qui la composent : rien, par conséquent, n'a pu empêcher les tiers de prescrire contre elle. Il est vrai qu'elle est vacante ; mais la vacance des successions ne fait point obstacle au cours ordinaire de la prescription (art. 2258).

Cet effet de la vacance subsistera évidemment, c'est-à-dire les prescriptions acquises contre la succession seront nécessairement maintenues contre elle, nonobstant la reprise qu'en pourra faire plus tard le mineur, *si cette reprise ne rétroagit point sur le passé*. La question revient donc à celle-ci : L'acceptation d'une succession qu'on a répudiée a-t-elle un effet rétroactif contre les tiers qui ont acquis des droits sur les biens de la succession pendant qu'elle était vacante? Or, la loi admet formellement la négative : le mineur qui accepte la succession après qu'elle a été répudiée en son nom la reprend « *dans l'état où elle se trouve au moment où il l'accepte* » (art. 462).

pour la prescription la plus longue des droits immobiliers,» c'est-à-dire par trente ans (art. 2262).

Comment faut-il entendre la règle que la faculté d'accepter ou de répudier est prescrite par trente ans? En d'autres termes, quelle est la position de l'héritier qui a gardé le silence pendant trente ans?

Cette disposition, quoique bien simple en apparence, est d'une difficulté désespérante.

Quelle est au juste la position de l'héritier qui a gardé le silence pendant trente ans? Est-il *héritier*, ou est-il *étranger à la succession*?

Là-dessus huit ou neuf systèmes. J'expose seulement ceux qu'il est indispensable de connaître.

261. — 1er SYSTÈME. — *Après trente ans, à compter du jour du décès du* DE CUJUS, *l'héritier qui n'a pris aucun parti est étranger à la succession.* Ce long silence est une *renonciation tacite*. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 784 la renonciation ne se présume pas; mais cette règle cesse d'être applicable quand l'héritier reste, de fait, pendant trente années, étranger à la succession. Il est vrai encore que cette interprétation, qui suppose *exclusivement* prescrite la faculté d'accepter, est contraire au texte de l'art. 789, qui suppose prescrite la faculté d'accepter *ou* de répudier; mais elle est en harmonie avec l'esprit de notre Code. *Nul*, en effet, *n'est héritier qui ne veut* (art. 775). Or, si l'on admet que le successible qui garde le silence pendant trente ans est, par cela seul, définitivement héritier, il pourra être héritier *malgré lui*, puisque la prescription courra, soit qu'il sache, soit qu'il ignore l'ouverture de la succession. Et qu'adviendra-t-il si la succession est onéreuse? l'héritier sera ruiné à son insu. La loi n'a pu se mettre si ouvertement en désaccord avec l'équité (1)!

— On peut faire contre ce système plusieurs objections :

1° Si l'équité lui est favorable dans un cas, elle le repousse dans un autre : car, si la succession, au lieu d'être mauvaise, est très-avantageuse, l'équité demande que l'héritier soit considéré, non pas comme *étranger à la succession*, mais comme acceptant. Cela serait d'autant plus logique que la renonciation ne se présume pas.

2° L'argument d'équité n'est point d'ailleurs concluant. N'est-ce pas, en effet, le propre de la prescription d'être le plus souvent contraire à l'équité? est-ce qu'elle ne sévit point tous les jours contre ceux qui ignorent l'existence de leurs droits? Qu'importe qu'elle blesse un intérêt privé, si elle protége un intérêt plus élevé, l'ordre public! La société étant intéressée à ce qu'aucune succession ne reste indéfiniment sans maître, la loi a dû forcer l'héritier de prendre parti dans un certain délai : s'il ne le fait pas, s'il ne s'enquiert pas des successions qui ont pu s'ouvrir à son profit, il est juste qu'il supporte la peine de sa négligence (voy. d'ailleurs le no 264 *bis*).

3° Si on ne sait pas au juste ce qu'a voulu la loi, on sait au moins ce qu'elle n'a pas voulu; et bien certainement elle n'a pas voulu, en organisant la *prescription*, c'est-à-dire la *déchéance* d'une

(1) M. Dur., t. I, no 488; M. Hureaux, *Rev. prat.*, t. XVII, p. 532 et suiv.

faculté, *favoriser* l'héritier, lui venir en aide. Or, dans le système de M. Duranton, la prescription, loin de nuire à l'héritier, lui est *utile*, quand la succession est insolvable !

4° Les arguments sur lesquels on appuie ce système sont contradictoires. D'une part, en effet, on invoque l'équité, sous prétexte que la prescription court contre l'héritier, *bien qu'il ignore l'ouverture de la succession ;* d'autre part, on considère comme une *renonciation tacite* le silence qu'il a gardé pendant trente ans. Mais comment supposer qu'il a eu l'intention de répudier la succession, s'il ne savait pas qu'elle était ouverte à son profit? De ces deux choses l'une : ou il a ignoré, ou il a connu l'ouverture de la succession. Au premier cas, aucune présomption n'est possible; au deuxième, c'est l'acceptation qui doit être présumée : car elle peut être *tacite* (art. 778), tandis que la renonciation ne peut être faite qu'*expressément* (art. 784).

262. — 2e SYSTÈME. — L'héritier peut, pendant trente ans, accepter ou répudier la succession. Les trente ans écoulés, la prescription lui a enlevé *l'une ou l'autre de ces facultés ;* mais laquelle? Évidemment celle qui lui était utile, celle qui lui était nécessaire pour modifier son état en l'améliorant : la faculté de renoncer, s'il était saisi de la succession; la faculté de l'accepter, s'il s'en était déjà dépouillé par une renonciation (voy. les nos 207 et 257). Ce n'est pas une *alternative* que la prescription lui fait perdre ; elle lui enlève le droit *unique* qu'il avait : car, en réalité, le successible n'a jamais qu'un seul droit. Qu'a-t-il, en effet, besoin de la faculté d'accepter, s'il est saisi? la succession ne lui appartient-elle pas déjà? Ce qui constitue un droit, un avantage pour lui, c'est la faculté de renoncer, et c'est cette faculté que la prescription lui enlève. *Vice versâ*, est-il dessaisi de la succession par une renonciation : la faculté de renoncer lui est inutile ; la seule faculté dont il ait besoin, qui soit pour lui un avantage, c'est la faculté d'accepter, et c'est celle dont il est privé par l'effet de la prescription (1).

L'héritier qui est saisi peut-il, après trente ans, accepter sous bénéfice d'inventaire?

263. — L'héritier qui est saisi, investi de la succession, ne peut plus, après les trente ans, accepter sous bénéfice d'inventaire. En effet, cette acceptation est une espèce de renonciation partielle : c'est une espèce de renonciation partielle, puisque l'héritier bénéficiaire cesse, dans ses rapports avec les créanciers de la succession, de représenter le défunt. Quelle étrange *prescription* ce se-

(1) M. Dem., t. II, p. 59.— M. Demolombe (t. II, no 315) convient que la distinction qui vient d'être faite est exacte. Pourtant, il n'admet point qu'elle puisse fournir l'explication de notre article, qui, dit-il, vise, non point deux facultés distinctes : la faculté d'accepter, dans une hypothèse, puis la faculté de renoncer, dans une autre hypothèse, mais une faculté *unique*, la faculté d'accepter ou de répudier. Ce qui est prescrit, c'est *la faculté de choisir entre ces deux partis*, l'acceptation ou la répudiation. Ainsi, l'héritier auquel la prescription s'applique, ne pouvant plus modifier sa condition, demeure irrévocablement ce que la loi elle-même l'avait fait. Conf. MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 136.

rait d'ailleurs que celle qui laisserait à l'héritier, contre lequel elle *sévirait*, la faculté qu'il avait le plus d'intérêt à conserver (1)!

264.— En résumé, tant que l'héritier est encore dans les trente ans, il est maître de modifier son état, soit en renonçant, s'il est saisi, soit en acceptant, s'il n'a pas la saisine. Après trente ans, tout est *irrévocablement* consommé. S'il avait besoin de la faculté de renoncer pour se dépouiller de la succession, il reste définitivement héritier; s'il avait besoin de la faculté d'accepter pour l'acquérir, il est étranger à la succession, qui passe alors aux parents de l'ordre ou du degré inférieur.

De quel jour courent les trente ans?

264 *bis*. — Mais de quel jour courent les trente ans? L'art. 789 ne le dit point. Selon l'opinion commune, ils courent du jour de l'ouverture de la succession.

Cette solution me paraît inadmissible. L'héritier *qui ne sait pas* que la succession est ouverte, ne peut ni la répudier ni l'accepter (voy. les nos 216 et 244); or, s'il n'a pas la faculté d'accepter ou de répudier, comment la prescription courrait-elle? La prescription ne peut pas commencer avant la faculté qu'elle doit éteindre!

Disons donc que les trente ans ne commencent à courir que du jour où l'héritier a eu connaissance de l'ouverture de la succession. Par là nous concilions l'équité avec les principes. L'équité n'est pas blessée, puisque la prescription ne sévit que contre l'héritier qui est en mesure de prendre parti. Il n'est point héritier *malgré lui :* car, s'il laisse passer trente ans sans répudier la succession, son silence peut, à bon droit, être considéré comme une acceptation tacite (2).

265. — Je rappelle que la prescription ne court ni contre l'héritier mineur, pendant sa minorité, ni contre l'héritier interdit, pendant son interdiction.

§ VI. — *Des droits des créanciers de l'héritier qui a renoncé.*

Art. 788.

Quels sont les droits des créanciers de l'héritier qui a renoncé? Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

266. — Une distinction est nécessaire :

1° *L'héritier a renoncé, mais la succession n'a encore été acceptée par aucun héritier.* — Dans cette hypothèse, l'héritier a lui-même le droit d'acquérir la succession en l'acceptant (art. 790) : ses créanciers peuvent donc l'exercer de son chef, conformément à l'art. 1166.

2° *La succession répudiée par l'héritier a été acceptée par d'autres.* — Dans cette hypothèse, la renonciation est irrévocable quant à l'héritier. La succession qui, par l'effet de la saisine, était entrée dans son patrimoine, appartient désormais à ceux qui l'ont acceptée : il ne peut plus les en dépouiller par une acceptation.

(1) MM. Val.; Dem., t. III, no 110 *bis*, V; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 160; Demol., t. II, no 317. — *Contrà*, Marc., art. 789.

(2) MM. Val.; Dem., t. III, no 110 *bis*, VI et VII; Duc., Bonn. et Roust., t. II, no 596; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 141; Demol., no 316.

Mais la renonciation, qui est irrévocable quant à lui, l'est-elle également à l'égard de ses créanciers? En principe, elle est irrévocable à l'égard de tous : car, lorsqu'un bien sort du patrimoine d'un débiteur, il sort également du gage de ses créanciers. Mais, par exception, il en est différemment lorsque c'est *par fraude* que le débiteur s'est appauvri. « Les créanciers, dit l'art. 1167, peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur, en fraude de leurs droits. » Si donc la renonciation a été faite *en fraude* (1) de leur intérêt, ils peuvent, conformément à cette disposition, l'attaquer, la faire considérer comme non avenue à leur égard, et accepter, en leur nom personnel, la succession que leur débiteur a méchamment abandonnée (voy. la Form. 235).

Lorsque la renonciation a été rescindée sur la requête des créanciers du renonçant, celui-ci profite-t-il de la rescision ?

Ses cohéritiers peuvent-ils recourir contre lui, à l'effet de répéter ce qui a été payé à ses créanciers ?

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que la renonciation N'EST ANNULÉE QU'EN FAVEUR DES CRÉANCIERS et jusqu'à concurrence seulement de ce qui leur est dû : elle tient donc toujours *à l'égard de l'héritier qui l'a faite.* De là cette conséquence : si, après ses dettes payées, il se trouve encore quelque chose des biens qu'il a répudiés, cet excédant, au lieu de lui faire retour, reste à ceux qui, par suite de sa renonciation, en ont été investis. — Ne faut-il pas aller plus loin? Les cohéritiers du renonçant ne peuvent-ils pas recourir contre lui, à l'effet de répéter ce qui a été payé à ses créanciers? La négative est généralement admise. On raisonne ainsi : La renonciation a été annulée jusqu'à concurrence de ce qui était dû aux créanciers du renonçant; le renonçant est, par conséquent, réputé être acceptant dans la personne de ses créanciers; ce sont donc *ses biens* qui ont servi à sa libération : dès lors il n'a rien à rendre à personne.

267. — Je ne crois pas que ce système soit conforme aux principes qui régissent la matière. Les cohéritiers du renonçant peuvent lui dire : Vos dettes ont été payées, mais avec quels biens? Avec les nôtres, évidemment! Car la renonciation, qui nous a investis des biens que vous avez abandonnés, *n'a pas été annulée dans votre intérêt.* Notre argent a servi à votre libération, il vous a enrichi : vous devez nous le rendre. Autrement, vous profiteriez de la rescision de la renonciation, et l'art. 788 serait violé, puisqu'il ne permet cette rescision « qu'en faveur *de vos créanciers* » (2).

Les créanciers peuvent-ils faire rescin-

268. — Ce n'est pas seulement la *renonciation* qui peut être an-

(1) L'art. 788, que nous expliquons, se sert du mot *préjudice*, tandis que l'art. 1167 emploie le mot *fraude*. De là la question suivante : Les créanciers qui attaquent la renonciation doivent-ils prouver, 1° qu'elle a été faite à leur *préjudice*; 2° que le débiteur a su qu'en la faisant il nuisait à ses créanciers? La preuve du *préjudice* suffit-elle? C'est une question très-controversée; nous l'examinerons sous l'art 1167.

(2) Toullier, t. IV, n° 349; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 173. — *Contrà* MM. Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 589; Dem., 108 *bis*, III; Demol., t. III, n° 89. « Si, disent ces auteurs, la part du renonçant profite à ses créanciers plutôt qu'à ses cohéritiers, ce n'est point par sa volonté; c'est la loi qui en dispose, et dès lors il ne doit aucune garantie à ses cohéritiers. »

nulée quand elle est frauduleuse ; il en est de même de l'acceptation. Les créanciers peuvent, en effet, attaquer *tout acte* fait par leur débiteur en fraude de leurs droits. Tel est le droit commun (art. 1167). Si la loi en fait expressément l'application aux *renonciations* frauduleuses, tandis qu'elle ne dit rien de *l'acceptation*, c'est uniquement afin de prévenir un doute que l'autorité historique eût rendu possible quant à la *renonciation*, doute qui ne pouvait exister quant à l'*acceptation*. Le droit romain permettait aux créanciers d'attaquer les actes que leur débiteur avait faits en fraude de leurs droits, lorsque, par ces actes, il avait *diminué son patrimoine ;* ceux par lesquels il avait seulement négligé de l'*augmenter* étaient *irrévocables, quoique* frauduleux. L'acceptation d'une succession qui comptait plus de dettes que de biens *diminuait* le patrimoine de l'héritier : ses créanciers pouvaient donc l'attaquer quand elle était faite en fraude de leurs droits. La répudiation d'une succession avantageuse était un acte par lequel l'héritier manquait d'*augmenter* son patrimoine (voy. le n° 203) : elle était, par conséquent, irrévocable, quoique frauduleuse. Cette distinction, fort subtile d'ailleurs, n'est plus possible sous l'empire de notre Code : car, tout héritier étant de plein droit investi des biens du défunt, la renonciation est une *aliénation*, un acte par lequel l'héritier diminue son patrimoine.

Peut-on faire rescinder l'acceptation que leur débiteur a faite en fraude de leurs droits ?

Pourquoi la loi, qui leur permet expressément de faire rescinder la renonciation, garde-t-elle le silence sur l'acceptation ?

§ VII. — *Des exceptions à l'irrévocabilité de la renonciation.*

269. — En principe, la renonciation est irrévocable. Toutefois elle peut être rescindée :

Dans quels cas la renonciation peut-elle être révoquée ou rescindée ?

1° Lorsque la succession répudiée n'a encore été acceptée par personne (voy., sous les nos 257 à 259, l'explic. de l'art. 790) ;

2° Lorsqu'elle est faite au préjudice des créanciers (voy., sous les nos 266-267, l'explic. de l'art. 788) ;

3° Lorsqu'elle est le résultat d'un dol ou d'une violence.

Mais elle n'est pas rescindable pour cause d'erreur ou de lésion : car, sous l'empire du Code, la lésion n'est une cause de rescision que dans les cas spéciaux déterminés par la loi, et aucun texte n'autorise l'annulation de la répudiation sous prétexte qu'un héritier s'est trompé sur le *quantum* de la succession.

Peut-elle l'être pour cause d'erreur ou de lésion ?

§ VIII. — *Des peines portées contre l'héritier qui a détourné ou recélé des effets de la succession.*

Art. 792.

270. — Il y a *détournement*, lorsque l'héritier soustrait des objets héréditaires pour se les approprier ; *recel*, lorsqu'il reçoit chez lui, et afin de faciliter une soustraction, les objets qu'un tiers a détournés de la succession.

Quelles sont les peines qu'encourt l'héritier qui a détourné ou recélé des effets de la succession ?

Quant aux conséquences du détournement ou du recel, une distinction est nécessaire :

Quelle distinction faut-il faire à ce égard ?

271. — 1er CAS. *L'héritier n'a encore pris aucun parti ; ou bien*

il a renoncé, mais, comme la succession n'a encore été acceptée par aucun autre héritier, il est maître d'accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire. — Dans cette hypothèse, l'héritier qui détourne et recèle des effets de la succession encourt une double peine :

1° Il est déchu du droit de renoncer ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire : la loi le constitue irrévocablement héritier pur et simple. Nous trouvons là une exception au principe que nul n'est héritier qui ne veut.

2° Il est, en outre, privé de sa part dans les objets détournés ou recélés. Ainsi les choses qu'il voulait avoir à lui seul appartiennent exclusivement à ceux qu'il a voulu dépouiller. — Toutefois, s'il n'a pas de *cohéritiers*, les objets détournés ou recélés ne passent pas aux parents qui seraient héritiers à son défaut : l'article 792 ne prévoit pas cette hypothèse, et, en matière de peine, on ne raisonne pas par analogie.

Le successible mineur, mais *doli capax*, peut-il être déclaré héritier pur et simple lorsqu'il a détourné ou recélé des effets de la succession ?

272. — On s'est demandé si le successible *mineur* qui a détourné ou recélé des effets de la succession doit, quand il est reconnu *doli capax*, être déclaré héritier pur et simple, et déchu de sa part dans les objets détournés ou recélés?

Quant à la deuxième peine, il doit évidemment la subir : car, aux termes de l'art. 1310, le mineur est, relativement à ses délits ou quasi-délits, assimilé à un majeur. Sur ce point tout le monde est d'accord. Mais doit-il être déclaré héritier pur et simple? La négative est généralement admise. La succession dévolue à un mineur ne peut, dit-on, être acceptée que sous bénéfice d'inventaire; or, le mineur ne peut pas obtenir, par un délit, une condition que la loi ne lui permet pas d'avoir.

Cette distinction ne me semble pas rationnelle. Le mineur ne peut pas aliéner ses biens, et cependant la loi le dépouille de sa part dans les objets détournés ou recélés : s'il en est ainsi, n'est-ce pas parce que le mineur *doli capax* est, quant à ses délits, assimilé à un *majeur?* Or, s'il encourt cette peine, pourquoi ne pas lui appliquer l'autre? On ne peut pas, sans être inconséquent, lui infliger une punition d'un côté et le protéger de l'autre. Est-il excusable, inexpérimenté, la loi lui doit protection pleine et entière : donc aucune peine. Est-il *doli capax*, la loi l'assimile à un majeur: donc il faut le punir comme un majeur et lui appliquer l'une et l'autre peine.

Lorsque l'acceptation est facultative, lorsqu'existe le droit d'opter entre l'acceptation et la répudiation, la loi veut que l'acceptation, si on choisit ce parti, soit faite sous bénéfice d'inventaire : c'est une faveur qu'elle accorde au mineur. Mais, dans l'espèce, il ne s'agit plus d'un choix à faire, d'*une faveur* : il s'agit d'*une punition!* Dès lors, les règles qui régissent l'option entre les partis à prendre cessent d'être applicables. — N'en est-il point de même de l'aliénation des biens? Elle ne peut être faite, lorsqu'elle est volontaire, que sous certaines conditions protectrices des intérêts de

l'enfant; mais, lorsqu'il commet un délit, la loi le dépouille, à titre de peine, de cette propriété même qu'elle prend soin de lui conserver dans les cas ordinaires. — Enfin, qu'a voulu la loi? Protéger les créanciers contre les détournements de leur gage; or, si le mineur qui est *doli capax* n'a point de *cohéritiers* (on sait que dans cette hypothèse l'héritier conserve la propriété des biens détournés), où sera la garantie des créanciers? Voici un objet de grande valeur, se dira-t-il, des billets de banque, des titres au porteur; mettons-les de côté. Qu'ai-je à craindre? Rien absolument (1)!

Quid, si l'héritier qui a renoncé détourne ou recèle des effets de la succession depuis qu'elle a été acceptée par d'autres?

273. — 2e CAS. *L'héritier a renoncé, et la succession a été acceptée par d'autres héritiers.* — Dans cette hypothèse, le renonçant qui détourne ou recèle des objets de la succession commet, non plus simplement un délit civil, mais un délit criminel, c'est-à-dire, suivant les cas, un vol, un recel ou un abus de confiance. Il ne peut alors ni être constitué héritier pur et simple, puisque la succession appartient à d'autres qui ne peuvent pas en être dépouillés; ni se voir privé de sa part dans les objets détournés ou recélés, puisqu'il n'y avait aucun droit. Il sera traité comme le serait un étranger : car, en fait comme en droit, il est étranger à la succession. Ainsi, il sera passible des peines qu'entraîne le *vol*, le *recel* ou l'*abus de confiance*.

SECTION III. — DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, DE SES EFFETS ET DES OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE.

Qu'est-ce que le bénéfice d'inventaire?

274. — Le bénéfice d'inventaire est une faveur de la loi en vertu de laquelle l'héritier ne confond ni ses biens ni ses dettes avec les biens et les dettes du défunt (art. 802). Par l'effet du bénéfice d'inventaire, le défunt étant réputé vivant, tout se passe comme s'il vivait encore : il est représenté par sa succession, abstraction faite de l'héritier (2).

§ I. — *Des conditions requises pour la validité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.*

Art. 793 et 794.

Que doit faire l'héritier qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire?

Pourquoi l'acceptation sous bénéfice d'inventaire doit-elle

275. — L'héritier doit :

1° Déclarer *expressément* qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire. Ainsi, à la différence de l'acceptation pure et simple, qui peut être expresse ou tacite, l'acceptation bénéficiaire, à l'exemple de la renonciation, est toujours faite expressément et dans une forme propre à la porter promptement à la connaissance des tiers (voy. la Form. 231). Il importe,

(1) MM. Delvincourt, art. 792; Dem., t. III, n° 113 *bis*; Troplong, *Du contr. de mar.*, t. III, n° 1567; Odier, t. I, n° 416. — *Contrà*, MM. Marc., art. 792; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 162 à 164; Rodière et Pont, t. I, n° 816; M. Demol., t. II, n° 336.

(2) Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 501.

être faite *expressément*?

en effet, que les créanciers en soient promptement avertis, afin qu'ils puissent prendre des mesures conservatoires, — par exemple, requérir l'apposition des scellés, exiger une caution, etc.

L'inventaire doit-il précéder ou suivre la déclaration?

Quelle est l'utilité de l'inventaire?

276. — 2° *Faire confectionner un inventaire* (art. 941 et suiv., C. pr.). — Cet inventaire, qui peut *précéder* ou *suivre* la déclaration au greffe, est tout à la fois : pour l'héritier, un moyen de connaître les forces de la succession ; pour les créanciers et les légataires, une garantie, puisqu'il constitue l'héritier comptable des biens dont il constate l'existence.

Quels doivent être ses caractères?

Il doit être *fidèle* et *exact*. S'il est *infidèle*, l'héritier coupable est alors, conformément aux art. 792 et 801, constitué héritier pur et simple, et privé de sa part dans les objets qu'il a tenus cachés. S'il est *fidèle*, quoique *inexact*, l'héritier n'encourt aucune déchéance ; mais il doit, aussitôt qu'il découvre de nouveaux biens, les faire porter sur l'inventaire.

Art. 810.

L'héritier qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire doit-il faire apposer les scellés?

La loi n'exige point qu'il fasse dresser un état des immeubles. Il n'est pas même tenu de faire apposer les scellés (art. 810, arg. tiré de ces mots : *s'il en a été apposé*) ; mais les créanciers, munis d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge, ont le droit d'en requérir l'apposition (art. 820, C. N., et 909, C. pr.).

§ II. — *Des délais accordés à l'héritier pour délibérer.*

Art. 795.

Quels délais la loi accorde-t-elle à l'héritier pour accepter sous bénéfice d'inventaire?

277. — L'héritier ayant le choix entre trois partis, et chacun de ces partis étant, suivant les cas, tantôt plus, tantôt moins favorable que les deux autres (voy. les n^os^ 209 à 212), la loi lui accorde des délais suffisants pour se renseigner et pour délibérer en connaissance de cause.

Ces délais sont de deux sortes : *légaux* ou *judiciaires*.

278. — 1° *Délais légaux*. L'héritier a, d'une part, *pour faire l'inventaire*, trois mois, à compter du jour de l'ouverture de la succession ; d'autre part, *pour délibérer*, quarante jours, à compter du jour de l'expiration des trois mois, et, si l'inventaire a été terminé avant l'expiration de ce délai, à compter de la clôture de l'inventaire. — Si l'héritier n'a point terminé ou même s'il n'a point commencé l'inventaire dans les trois mois, il pourra le terminer ou le commencer dans les quarante jours accordés pour délibérer : il ne peut, en effet, être contraint de prendre qualité qu'après l'expiration des délais pour faire inventaire *et délibérer* (1). — Remarquons qu'en ce qui touche les parents du degré subséquent appelés à défaut d'un renonçant, les délais pour faire l'inventaire courent à compter, non plus du jour de l'ouverture de la succession, mais du jour où ils ont connu la renonciation du parent qui les excluait. Si ce dernier a renoncé après avoir fait

(1) MM. Dem., t. III, n° 118 *bis*; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 176; Demol., t. II, n° 266 *bis*.

inventaire, ils auront, pour délibérer, quarante jours à compter du jour où le fait de la renonciation leur aura été révélé.

Art. 798.

Les juges peuvent-ils proroger ces délais?

279. — 2° *Délais judiciaires.* L'art. 798 permet aux juges de proroger, soit le délai de trois mois, soit le délai de quarante jours. Il ne limite ni l'étendue des délais qu'ils peuvent concéder, ni les cas dans lesquels il y a lieu de les accorder. La loi s'en rapporte, à cet égard, à la prudence des juges, qui se décideront d'après les circonstances (voy. cependant l'art. 174, C. pr.).

§ III. — *De la condition de l'héritier pendant les délais légaux ou judiciaires.*

Art. 796 et 797.

Quelle est la position de l'héritier pendant les délais qui lui sont accordés?

Quels actes peut-il faire sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation?

280.—S'il existe dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, se faire autoriser, par justice, à procéder à la vente de ces objets (voy. la Form. 237). Cette vente doit être faite par un officier public, après publications et affiches (art. 617 et s., 945 et s., 975, 987, C. pr.). Il peut même, sans avoir besoin d'une autorisation préalable, faire des actes d'administration et de conservation des biens, par exemple, poursuivre les débiteurs, afin d'interrompre la prescription. Nous savons, en effet, que les actes de cette nature n'emportent pas acceptation tacite (art. 779, C. N.).

Les créanciers peuvent-ils l'actionner pendant qu'il est encore dans les délais? Est-il alors tenu de prendre qualité et de leur répondre?

Les créanciers peuvent l'actionner valablement, former contre lui des demandes régulières : car l'héritier qui délibère est le représentant ou le mandataire de la succession. Toutefois, il n'est pas tenu de répondre, d'engager le débat et de discuter le mérite des demandes formées contre lui. Il peut opposer à ceux qui les forment l'exception dilatoire dont il est parlé dans l'art. 174 du Code de procédure : « Votre prétention, dira-t-il, est peut-être juste; peut-être ne l'est-elle pas. C'est un point que nous débattrons plus tard, si j'accepte la succession.» Ainsi, l'héritier qui est encore dans les délais que la loi ou la justice lui accorde pour faire inventaire et délibérer ne peut pas être contraint de prendre qualité.

Quel intérêt ont-ils donc à former leur action pendant qu'il est encore dans les délais?

Mais, s'il n'est pas tenu de répondre, de discuter la prétention des créanciers, quel intérêt ont-ils à former leur demande, pendant qu'il est encore dans les délais? Cet intérêt se conçoit facilement. Leur demande, quoique l'examen en soit retardé par l'effet de l'exception dilatoire, est néanmoins *valablement formée* : elle produit, par conséquent, un effet important, celui d'interrompre la prescription. Le créancier demandeur se trouve avoir ainsi conservé son droit, soit contre l'héritier s'il accepte, soit contre ceux qui profiteront de sa renonciation s'il renonce : car la renonciation, dont l'effet est de faire considérer l'héritier comme ne l'ayant jamais été, ne détruit pas rétroactivement le

mandat légal en vertu duquel il a représenté la succession (voy. le n° 255).

§ IV. — *A la charge de qui sont les frais résultant de l'exception dilatoire que l'héritier délibérant a opposée aux demandes formées contre lui.*

Art. 799.

Qui supporte les frais occasionnés par l'exception dilatoire que l'héritier délibérant a opposée aux créanciers qui l'ont poursuivi?

281. — Une distinction est nécessaire :

1° *Frais faits pendant les délais légaux.* S'ils sont *légitimes*, c'est-à-dire régulièrement faits, la succession les supporte, soit que l'héritier la répudie, soit qu'il l'accepte sous bénéfice d'inventaire. Ceux qui n'ont pas été faits *légitimement* sont à la charge de l'héritier : ainsi, c'est lui qui supporte les frais résultant de l'opposition qu'il a été obligé de former pour faire tomber un jugement par défaut qu'il a laissé prendre contre lui.

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

2° *Frais faits pendant les délais judiciaires.* Ces frais sont à la charge de la succession, si l'héritier « justifie, ou qu'il n'avait pas eu connaissance du décès, ou que les délais légaux ont été insuffisants, soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues. » A défaut de cette justification, c'est lui qui les supporte.

§ V. — *De la condition de l'héritier après l'expiration des délais légaux ou judiciaires.*

Art. 800.

Quelle est la position de l'héritier après l'expiration des délais légaux ou judiciaires? Si personne ne le poursuit, quel délai a-t-il pour accepter sous bénéfice d'inventaire?

282. — L'expiration de ces délais ne le constitue pas héritier pur et simple. Il peut encore, soit renoncer, soit accepter sous bénéfice d'inventaire : car, aux termes de l'art. 789, la faculté de renoncer ou d'accepter ne se prescrit que par trente ans. Mais, s'il est actionné, il ne peut plus se retrancher dans l'exception dilatoire de l'art. 174 du Code de procédure : il faut qu'il dise quel parti il entend prendre. Ainsi, l'héritier qui est poursuivi après l'expiration des délais doit se hâter de répudier la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire : car, s'il ne prend ni l'un ni l'autre parti avant le jugement que sollicite le créancier, il est alors définitivement constitué héritier pur et simple et condamné en cette qualité.

Quelle différence y a-t-il entre lui et l'héritier qui est encore dans les délais?

La différence entre l'héritier qui est encore dans les délais et celui qui n'y est plus consiste donc en ceci seulement, que le premier ne peut pas être forcé de prendre qualité, tandis que le second peut y être contraint, s'il est poursuivi par des créanciers : l'un jouit d'une exception dilatoire dont l'autre est désormais privé.

§ VI. — *Des événements qui font perdre la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire.*

Art. 800 et 801.

Dans quels cas l'héritier perd-il la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire?

283. — L'héritier est déchu de cette faculté dans trois cas :

1° Lorsqu'il a laissé passer trente ans à compter du jour où il

a eu connaissance de l'ouverture de la succession, sans prendre parti (voy. les nos 260 et suiv.).

2° *Lorsqu'il a accepté purement et simplement, soit expressément, soit tacitement*, par exemple, en détournant ou en omettant sciemment de faire porter sur l'inventaire des effets de la succession (voy. le n° 276).

L'héritier qui a été, sur la poursuite d'un créancier, condamné comme héritier pur et simple, est-il déchu, *ergà omnes*, de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire? ou de renoncer?

284. — 3° « *Lorsqu'il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.* » Ici se présente une question des plus graves: L'héritier qui a été, sur la poursuite d'un créancier, condamné comme héritier pur et simple, est-il déchu de la faculté de répudier ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire, tant à l'égard des intéressés qui n'étaient pas parties au procès qu'à l'égard de celui qui a obtenu le jugement? Héritier pur et simple à l'égard du demandeur qui l'a fait condamner, peut-il, à l'égard de toute autre personne, répudier la succession ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire?

On dira peut-être : « Mais comment l'héritier pourrait-il être à la fois héritier pur et simple dans ses rapports avec tel créancier, et bénéficiaire dans ses rapports avec tel autre? Comment concevoir surtout qu'il puisse être à la fois acceptant et renonçant? On est héritier ou on ne l'est pas, c'est un état indivisible. »

Rien n'est plus faux que cette idée. Les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties plaidantes; ils ne nuisent ni ne profitent aux tiers: on ne peut pas les leur opposer, et ils n'ont pas le droit de les invoquer (art. 1351). Donc, il y a en jurisprudence des vérités *relatives*. C'est ainsi que Pierre peut être réputé propriétaire à l'égard de *Paul* et ne l'être pas à l'égard de *Jacques* (voy. l'explic. de l'art. 1351) ; qu'un enfant peut être *légitime* dans ses rapports avec l'un de ses frères, et *naturel* dans ses rapports avec un autre frère (voy. l'explic. de l'art. 100). Or, si la même personne peut être à la fois enfant naturel et enfant légitime, on comprend sans peine qu'à bien plus forte raison, la même personne peut être héritière à l'égard de tel créancier, et ne pas l'être à l'égard de tel autre, — héritière pure et simple dans ses rapports avec Pierre, et bénéficiaire dans ses rapports avec Jacques.

Ainsi, notre question reste entière. Elle se trouve ramenée à ces termes :

L'art. 800 est-il une *application* de la règle générale de l'art. 1351 ? Y fait-il, au contraire, *exception ?*

Sur ce point difficile, quatre systèmes ont été présentés.

285. — *Premier système.* — L'art. 800 n'est qu'une application de l'art. 1351, avec lequel on doit le combiner. Le jugement dont il traite n'a, par conséquent, d'effet *qu'au regard des parties entre elles.* — Ainsi, dans ce système, l'héritier conserve, au regard de toute personne, autre que celle qui l'a fait condamner, la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou même de renoncer.

Cette solution est généralement suivie. On la dit conforme :

1° *aux précédents* (1); — 2° *à l'équité :* « Qui ne voit, dit M. Demolombe, combien il serait dangereux et inique de déclarer le successible héritier pur et simple envers et contre tous, par l'effet d'un jugement rendu à l'occasion de la créance la plus modique, par défaut peut-être, et sans que le successible eût apporté toute l'attention possible à ce débat, où la qualité d'héritier ne se trouvait engagée qu'accessoirement à une créance minime ? » — 3° *au droit commun* (art. 1351); — 4° *au texte même de notre art.* 800. Et, en effet; qu'y voyons-nous ? que le successible ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire lorsqu'un jugement... *existe* contre lui qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple; or, en droit, un jugement *n'existe* qu'au regard des parties entre lesquelles il a été rendu.

Que le jugement ait été rendu sur tel objet ou sur tel autre, contradictoirement ou par défaut, en premier ou en dernier ressort, il n'importe : la solution est la même *dans tous les cas*. La loi, en effet, ne distingue pas (2).

286. — *Second système.* — Le successible qui a été, contradictoirement ou par défaut, en premier ou en dernier ressort, condamné comme héritier pur et simple par un jugement passé en force de chose jugée, est déchu, *erga omnes*, de la faculté d'accepter l'hérédité sous bénéfice d'inventaire ou de la répudier.

Considérons, en effet, les textes, combinons-les entre eux, suivons avec attention les idées qu'ils énoncent, et la pensée de la loi s'en dégagera très-lumineuse. Les articles qui précèdent l'art. 800 accordent au successible des délais pour faire inventaire et délibérer ; l'art. 800 établit que, même après l'expiration de ces délais, il peut encore se porter héritier bénéficiaire. Toutefois, la loi ajoute que certains événements font perdre cette faculté. Elle cesse, en effet, d'exister, 1° quand le successible a fait acte d'héritier ; 2° quand il a été condamné comme héritier pur et simple; 3e quand il a détourné ou recélé des effets de la succession (art. 800 et 801). Ces trois faits sont mis sur la même ligne ; tous sont présentés comme produisant un effet identique. Le premier et le troisième constituent le successible héritier pur et simple *erga omnes* : donc il en doit être de même du second.

Et comment décider le contraire, en présence des termes si formels de notre article ? Le successible, y est-il dit, n'a plus la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, 1° lorsqu'il a fait acte d'héritier ; 2° lorsqu'il a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée, en qualité d'héritier pur et simple. Appliquées au premier de ces deux faits, ces expressions : « il ne peut plus se porter héritier bénéficiaire, » ont, tout le monde en con-

(1) Voy. Poth., *Succ.*, chap. III, sect. 5, et *Introd. au Tit. XVII de la Cout. d'Orl.*, no 70 ; Lebrun, liv. 3, chap. 8, sect. 2, no 63.

(2) MM. Delv., t. II, p. 31 ; Toull., t. II, nº 344; Dur., t. VII, no 25; Aubry et Rau, *sur Zach.*, t. V, p. 161; Dem., t. III, no 122 *bis;* Duc., Bonn. et Roust., *sur l'art.* 800; Demol., t. III, nº 152; Duv., à son cours.

vient, un sens *absolu*. Se peut-il, dès lors, qu'appliquées au second, elles n'aient plus qu'un sens *relatif*? Quelqu'un comprendra-t-il qu'une formule, appliquée, dans le *même* article et dans les *mêmes* termes, à deux faits que la loi groupe à côté l'un de l'autre, ait, dans sa pensée, deux sens opposés et contradictoires?

L'art. 800, si on l'entend dans le sens absolu que la généralité de ses termes implique, ne marche point, il est vrai, d'accord avec cette règle de droit commun : *res inter alios judicata, aliis nec nocere nec prodesse potest*. Mais qu'importe? L'exception par laquelle il déroge à l'art. 1351 a son explication et, partant, sa raison d'être. « L'intérêt de la société, disait Tronchet à la séance du 9 nivôse an XI, repousse une disposition (l'applic. de l'art. 1351) qui multiplierait les procès, en forçant une foule de créanciers à faire juger de nouveau un fait déjà jugé. Quelquefois même, à l'époque où les créanciers formeraient leurs demandes, les preuves auraient disparu, et la succession, dilapidée dans l'intervalle, n'offrirait plus de prise à leurs droits » (1).

287. — *Troisième système*. — La question posée doit, d'après MM. Bugnet et Marcadé, se résoudre par une distinction.

Le successible ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire lorsqu'il existe contre lui un jugement « *passé en force de chose jugée* » qui le condamne. Voilà ce que nous apprend la loi. Mais qu'est-ce qu'un jugement *passé en force de chose jugée?* Là est toute la question.

Un jugement a force de chose jugée *à priori*, c'est-à-dire *dès qu'il est rendu*, lorsqu'il est contradictoire et en dernier ressort, ce qui le rend non susceptible d'appel ou d'opposition. — Ce n'est pas à cette hypothèse que se réfère notre art. 800. Dans cette hypothèse, le droit commun reçoit son application : le successible n'est constitué héritier pur et simple qu'au regard du créancier qui l'a fait condamner (art. 1351).

Un jugement peut n'avoir pas *à priori* force de chose jugée et l'acquérir plus tard. On dit alors qu'il est *passé en force de chose jugée*. Ainsi, un jugement contradictoire, mais en premier ressort, ou un jugement en dernier ressort, mais par défaut, n'a pas force de chose jugée *dès qu'il est rendu*. Il ne l'acquiert qu'à l'expiration des délais d'appel ou d'opposition. — Telle est l'hypothèse prévue par notre article. On y suppose que le successible a été condamné en premier ressort ou par défaut, et qu'il a laissé passer les délais d'appel ou d'opposition sans user des moyens d'attaque que la loi avait mis à sa disposition. Dans ce cas, il est héritier pur et simple *erga omnes* : car, en n'attaquant point le jugement, *il a tacitement accepté la qualité d'héritier qui lui est attribuée*. C'est tout simplement *un cas d'acceptation tacite*.

— Cette distinction n'a point prévalu. Ces mots de l'art. 800 :

(1) Voy. Merlin, Quest., v° *Héritier*, § 8, et Rép., v° *Succ.*, sect. 1re, § 5, n° 4 ; M. Hureaux, *Rev. prat.*, t. XVII, p. 125 et suiv.; Malleville, t. II, p. 261.

jugement *passé en force de chose jugée*, n'ont point, a-t-on dit, le sens restreint que leur donnent MM. Bugnet et Marcadé. Sans doute, lorsque dans la même phrase les mots : jugement *passé en force de chose jugée*, sont opposés aux mots : jugement *rendu en dernier ressort* (voy. art. 2215), nous devons entendre par *jugement* PASSÉ *en force de chose jugée* le jugement qui n'est devenu irrévocable que parce que la partie condamnée ne l'a pas attaqué dans les délais de la loi ; mais, quand cette opposition n'existe pas, les mots dont il s'agit ont, dans la langue du droit, un sens général (voy. les art. 1262, 1263, 2056, 2061, C. Nap., et l'art. 632, C. pr.).

On ajoute que le défaut d'appel ou d'opposition n'implique point *nécessairement*, de la part du successible, l'intention d'être héritier pur et simple *erga omnes*. Il a pu, en effet, ne pas vouloir, à raison de la modicité de l'intérêt engagé dans le procès, ou de toute autre circonstance, prolonger le débat, tout en se réservant d'ailleurs de se défendre envers toute autre personne, s'il était attaqué de nouveau.

287 *bis*. — *Quatrième système*. — M. Valette a proposé une distinction d'une autre nature (1).

Notre art. 800 ne peut, dit-il, être bien compris qu'en remontant à son origine et à l'histoire de sa rédaction.

Selon le droit romain, le successible devait accepter sous bénéfice d'inventaire, *dans les trois mois à compter du jour de l'ouverture de la succession;* ce délai passé, il n'avait plus que la faculté de répudier la succession ou de l'accepter purement et simplement.

Le droit coutumier, au contraire, ne limitait par aucun laps de temps la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Le délai de trois mois parut insuffisant aux rédacteurs du Code ; d'un autre côté, la faculté indéfinie d'accepter bénéficiairement leur sembla dangereuse. De là, la proposition faite par la Section *de législation* de restreindre cette faculté à une année, «*à partir de l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer*.» C'était une transaction entre les systèmes du droit romain et du droit coutumier. Mais ce délai d'une année parut encore insuffisant au Conseil d'État. L'héritier, dit-on, peut être absent, ignorer l'ouverture de la succession : il serait, par conséquent, dangereux de le déclarer déchu d'une faculté aussi précieuse, par cela seul qu'il aurait laissé passer un an sans l'exercer. On rejeta donc le délai *préfix* d'un an, et on le remplaça par un autre délai, non plus préfix, non plus d'un an, mais *variable*, qui peut durer un an, deux ans, trois ans..., qui se prolonge *jusqu'au moment où l'héritier est condamné comme héritier pur et simple par un jugement irrévocable*. Cette condamnation est le terme fatal qui clôt, qui arrête, le délai indéfini que la loi lui accorde.

(1) Voy. la *Revue étrangère*, t. IX, p. 257 et suiv.

Dans ce système, le jugement qui condamne l'héritier en qualité d'héritier pur et simple a un effet général : l'héritier est, *à l'égard de tous*, déchu de la faculté *d'accepter bénéficiairement*. Mais il conserve la faculté *de répudier*, à l'égard de toute personne autre que celle qui a obtenu le jugement ; il la conserve, parce qu'il n'existe aucun texte qui l'en déclare déchu, parce que c'est *uniquement de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire* que la loi a dit : Elle sera perdue lorsque l'héritier aura été condamné comme héritier pur et simple.

— Cette solution, quoique très-ingénieuse, n'a point réussi.

Nous venons de voir qu'en ce qui regarde *le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire*, elle attribue au jugement dont il s'agit un effet *absolu ;* or, disent les partisans du premier système, cet effet absolu est incompatible avec le principe que la loi a posé dans l'art. 1351.

Vainement la soutient-on conforme aux travaux préparatoires du Code. Ces documents sont, quant à l'objet de ce débat, trop confus pour qu'on puisse en tirer une induction en sa faveur.

Les partisans du second système enseignent qu'elle viole l'article 800. Le successible qui a été condamné comme héritier pur et simple ne peut plus, disent-ils, accepter sous bénéfice d'inventaire ; cette faculté, M. Valette en convient, lui est retirée *erga omnes*. Si ce successible ne peut plus se porter, à l'égard de quelque personne que ce soit, héritier bénéficiaire, c'est qu'il est, *erga omnes, irrévocablement héritier*, et héritier pur et simple, puisqu'on ne peut l'être qu'en cette qualité, quand le bénéfice d'inventaire nous fait défaut. Comment dès lors l'admettre *à renoncer ?*

287 *ter*. — En résumé, le jugement dont nous traitons a :

Selon le premier système, un effet *relatif* dans tous les cas ;

Selon le second système, un effet *absolu* dans tous les cas ;

D'après le troisième système, un effet *relatif* ou un effet *absolu*, suivant qu'il a eu, dès qu'il a été rendu, l'autorité de la chose jugée ou qu'il ne l'a acquise qu'après coup ;

D'après le quatrième système, un effet *absolu* quant à la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, *relatif* en ce qui regarde la faculté de renoncer.

§ VII. — *Des effets du bénéfice d'inventaire.*

Art. 802 et 803.

Le bénéfice d'inventaire modifie-t-il la position de l'héritier à l'égard des personnes autres que les créanciers ou légataires ?

288. — Dans ses rapports avec *toutes personnes autres que les créanciers et les légataires*, l'héritier bénéficiaire continue de représenter le défunt ; sa condition est en tous points semblable à celle d'un héritier pur et simple. De là il suit :

1° Qu'il a droit et qu'il est soumis au rapport, conformément aux art. 843 et 857 combinés : les biens que ses cohéritiers ont reçus du défunt à titre de libéralité, ou qu'il a reçus lui-même au même titre, doivent donc être rapportés, c'est-à-dire mis en commun pour être partagés entre eux ;

2° Que, si, après le paiement des dettes et des legs, il reste quelque chose des biens du défunt, ses cohéritiers, ou, s'il est seul, les parents appelés à son défaut, ne peuvent pas prétendre à cet excédant;

3° Qu'il doit au fisc le droit de mutation auquel sont assujettis les héritiers.

Quel est l'effet principal du bénéfice d'inventaire ?

289. — Dans ses rapports avec les créanciers et les légataires, l'héritier bénéficiaire *cesse de représenter le défunt*. C'est ce que l'art. 802 exprime en ces termes : *L'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens avec ceux de la succession.*

Bien qu'il ne représente plus le défunt, la loi le charge néanmoins d'administrer la succession pour le compte des créanciers et légataires. Ainsi, l'héritier bénéficiaire n'est, vis à vis d'eux, *qu'un simple administrateur comptable* (voy. la Form. 242). Que si ce mandat légal lui semble trop lourd, il est libre de s'en décharger (voy. le n° 294).

Telle est, en peu de mots, la théorie de la loi sur les effets du bénéfice d'inventaire. Reprenons-la en détail.

Quelle est la position de l'héritier bénéficiaire dans ses rapports avec les créanciers et les légataires ?

L'héritier bénéficiaire, dans ses rapports avec les créanciers et les légataires, ne représente pas le défunt. Ce n'est pas lui qui est le propriétaire des biens, le débiteur des dettes : le propriétaire, c'est la succession ; le débiteur, c'est encore la succession (1).

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'il n'est qu'un simple administrateur de la succession dans ses rapports avec eux?

En d'autres termes, le patrimoine actif et passif du défunt ne se confond pas avec le patrimoine actif et passif de l'héritier. Celui-ci n'est qu'un simple administrateur. De là suit :

290. — 1° Qu'il n'est tenu de payer les dettes que *jusqu'à concurrence des biens laissés par le défunt et sur ces biens seulement*. Les créanciers n'ont aucun droit sur son patrimoine personnel. Ainsi, ils ne peuvent pas lui dire : « Le défunt a laissé 20,000 fr. de biens et 30,000 fr. de dettes: nous ne pouvons prétendre qu'à 20,000 fr.; mais, dans cette limite, nous agirons tant sur vos biens personnels que sur les biens de la succession. » L'héritier, en effet, n'est pas leur débiteur ; ses biens personnels ne peuvent pas leur servir de gage. Administrateur, il est complétement quitte en rendant ses comptes.— Réciproquement, l'héritier ne peut pas dire aux créanciers : « Le défunt a laissé 20,000 fr. de biens et 30,000 fr. de dettes; je vous dois 20,000 fr., les voici : je vous les paie et je garde les biens. » Les créanciers ont le droit d'exiger que les biens qui forment leur gage soient vendus ; et ils y ont intérêt, car il se peut que la vente aux enchères produise un prix supérieur au prix d'estimation des biens. « Vous n'êtes qu'un administrateur, diront-ils à l'héritier ; accomplissez votre mandat, poursuivez la vente des biens. »

L'héritier bénéficiaire ne peut-il pas, dans certains cas, être poursuivi sur ses biens personnels?

291. — Si l'héritier ne peut pas être poursuivi sur ses biens personnels, ce n'est qu'en tant qu'on l'actionne en cette qualité. Il en est différemment quand il est recherché à raison de son ad-

(1) Voy., à ce sujet, mon *Traité de la transcription*, nos 83 et 313.

ministration. *Comme administrateur*, il peut être poursuivi sur ses biens personnels, non-seulement lorsque, ayant été mis en demeure de rendre ses comptes, il n'a pas satisfait à cette obligation, mais encore lorsqu'après les avoir rendus, il se trouve constitué reliquataire, c'est-à-dire lorsque le chapitre des recettes est plus élevé que celui des dépenses.

Que deviennent les droits que l'héritier avait contre le défunt ou sur ses biens, et réciproquement ?

292. — 2° *Que les droits qu'il avait soit contre le défunt, soit sur ses biens, ou que le défunt avait soit contre lui, soit sur ses biens, ne sont pas éteints par la confusion.* Supposons l'héritier créancier du défunt. Accepte-t-il purement et simplement, sa créance est éteinte par confusion : car les qualités de créancier et de débiteur sont incompatibles, lorsqu'elles se trouvent réunies dans une même personne (art. 1300). Accepte-t-il sous bénéfice d'inventaire, il conserve sa créance et peut, comme tout autre créancier, en poursuivre le paiement sur les biens de la succession. Il la conserve parce que, l'héritier bénéficiaire cessant de représenter le défunt, les qualités de créancier et de débiteur, au lieu de se confondre dans une même personne, restent distinctes : l'héritier est le créancier ; la succession, le débiteur.

L'héritier avait une servitude sur un bien du défunt, ou réciproquement. Accepte-t-il purement et simplement, la servitude est éteinte par confusion : car *nemini res sua servit* (article 705). Accepte-t-il sous bénéfice d'inventaire, la servitude continue d'exister : car le fonds dominant et le fonds servant appartiennent à deux personnes différentes, l'un à l'héritier, l'autre à la succession.

Lorsque l'héritier était créancier ou débiteur du défunt, se paie-t-il à lui-même ce qui lui est dû, ce qu'il doit ?

293. — L'héritier qui est créancier ou débiteur du défunt ne peut pas, on le conçoit, se payer à lui-même ce qui lui est dû ou ce qu'il doit. La loi a prévu la difficulté. A-t-il des cohéritiers : c'est contre eux qu'il exerce son action, s'il est créancier, et ce sont eux qui le poursuivent, s'il est débiteur. Est-il seul héritier : un curateur est nommé, qui représente la succession.

Pourquoi lui est-il permis de se soustraire aux poursuites des créanciers et légataires en leur abandonnant les biens ?

294. — 3° *Qu'il peut se soustraire à la poursuite des créanciers ou légataires en leur faisant l'abandon des biens.* Ce n'est pas lui, en effet, qui est leur débiteur : le débiteur, c'est la succession dont il est le mandataire. Mais ce mandat n'est pas forcé ; la loi lui permet de s'en décharger, parce qu'elle sait qu'un mandataire contraint n'est et ne peut être qu'un mauvais administrateur.

Quels sont les biens dont il doit faire l'abandon ?

Il doit abandonner tous les biens laissés par le défunt. Quant à ceux qu'il rapporte à ses cohéritiers ou que ceux-ci lui rapportent, ils ne font pas partie de la masse héréditaire ; les créanciers et les légataires n'y ont aucun droit (voy. les nos 405-408).

Cet abandon est-il une renonciation ?

Cet abandon des biens n'est pas une *répudiation* : l'héritier qui le fait reste héritier, à l'égard de toutes personnes *autres que les créanciers et légataires*. De là les conséquences que nous avons rapportées plus haut (sous le no 288). — Cet abandon n'a d'autre effet que de soustraire l'héritier aux ennuis et aux dangers d'une administration souvent fort lourde.

§ VIII. — *Administration des biens par l'héritier bénéficiaire.*

Art. 804 à 806.

Que doit faire l'héritier bénéficiaire en sa qualité d'administrateur?

295. — L'héritier bénéficiaire fait des actes interruptifs de prescription, exige des débiteurs les choses dont le défunt était créancier et donne quittance. C'est lui qui est chargé de soutenir, soit comme demandeur, soit comme défendeur, les procès dans lesquels la succession est intéressée, sauf aux créanciers à intervenir, s'ils craignent qu'il ne compromette leurs droits. C'est lui qui passe bail des biens ou renouvelle les baux existants, qui ensemence les terres, fait les récoltes, ordonne les réparations nécessaires.

Est-il tenu de vendre les biens?

La loi ne lui impose pas l'obligation de vendre les biens : il peut donc, à son choix, les conserver ou les faire vendre. Au premier cas, il est tenu de les représenter en nature ; les pertes ou détériorations qui proviennent de sa négligence sont à sa charge.

Quelles sont les fautes dont il est responsable?

Mais remarquez qu'étant administrateur non salarié, la loi n'a dû le rendre responsable que de ses fautes *graves*, c'est-à-dire de celles qu'un administrateur, quoique peu habile, ne commet pas. — Au deuxième cas, il doit observer certaines formalités, qui varient suivant qu'il s'agit d'un bien mobilier (voy. les Form. 238 à 241, 243 et 244), ou d'un bien immobilier. La vente des meubles ne peut être faite que par le ministère d'un officier public, aux enchères, après affiches et publications (art. 986 et s., C. pr.). L'autorisation préalable du tribunal n'est pas nécessaire ; l'héritier est tenu seulement d'en avertir le président du tribunal. La vente des immeubles est soumise aux mêmes formalités ; mais l'héritier n'y peut faire procéder qu'après avoir été autorisé par la justice (art. 987, C. pr.) (voy. les Form. 245 et 246).

S'il vend les biens, les règles à suivre pour la vente des immeubles sont-elles les mêmes que celles qui sont prescrites pour la vente des meubles?

Que doit-il faire de l'argent provenant de la vente des immeubles?

Que veut dire la loi lorsqu'elle lui impose l'obligation de le *déléguer* aux créanciers qui se sont fait connaître?

296. — L'héritier bénéficiaire qui a vendu un immeuble est tenu, dit l'art. 806, « *d'en déléguer le prix aux créanciers hypothécaires qui se sont fait connaître.* »

Cette disposition, qui est reproduite de l'Edit de 1771, et qui se rattachait au système hypothécaire alors en vigueur, a été abrogée par suite des principes nouveaux qui régissent la matière des hypothèques.

Selon les anciens principes, l'héritier bénéficiaire qui vendait un immeuble n'avait pas le droit d'en toucher le prix ; il devait le *déléguer* aux premiers créanciers hypothécaires qui s'étaient fait connaître, c'est-à-dire autoriser l'acheteur à le payer entre leurs mains. Mais, les hypothèques étant alors occultes, comment l'acheteur parvenait-il à découvrir les créanciers hypothécaires? Il publiait son contrat d'acquisition en le faisant afficher au greffe du tribunal, après quoi il demandait des lettres de ratification et attendait pendant deux mois. Pendant ce délai, les créanciers se faisaient connaître par une opposition faite au greffe du tribunal, et c'est entre les mains de ceux qui s'étaient fait connaître les premiers qu'il payait son prix d'acquisition.

Cette règle est-elle encore en vigueur? Par quelle autre règle a-t-elle été remplacée?

A l'époque où fut rédigé l'art. 806, on ne savait pas encore si on admettrait le principe des hypothèques occultes suivi dans notre ancien droit, ou le principe de publicité introduit par le droit intermédiaire.

Plus tard, le principe de publicité ayant été consacré, la règle de l'art. 806 s'est trouvée tacitement abrogée. L'acheteur peut donc aujourd'hui payer son prix, soit à l'héritier bénéficiaire qui le distribue aux créanciers, soit aux créanciers eux-mêmes. Dans l'un et l'autre cas, le prix doit désintéresser les créanciers privilégiés, avant les créanciers hypothécaires, et ceux-ci, dans l'ordre des inscriptions qu'ils ont dû prendre, avant l'ouverture de la succession, au bureau du conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel se trouve situé l'immeuble (art. 2146).

Ainsi la règle que le prix provenant de la vente d'un immeuble *doit être délégué aux créanciers hypothécaires qui se sont fait connaître;* cette règle est remplacée par celle-ci : *Le prix doit être distribué suivant l'ordre des priviléges et hypothèques* (art. 991, C. pr.).

Si l'héritier vend, sans remplir les formalités prescrites, les biens de la succession, la vente est-elle nulle? L'héritier qui a fait une pareille vente est-il nécessairement constitué héritier pur et simple? les créanciers ne peuvent-ils pas lui conserver la qualité d'héritier bénéficiaire, s'ils y ont intérêt?

297. — Il nous reste à étudier une question fort délicate. Aux termes des art. 805 et 806, l'héritier bénéficiaire ne *peut vendre* les biens qu'en observant les formes prescrites par la loi. Cela posé, qu'arrivera-t-il s'il les vend *proprio motu* et à l'amiable? La vente sera-t-elle nulle? L'affirmative semble évidente, si l'on s'en tient rigoureusement au texte des art. 805 et 806 : car, dire que l'héritier ne peut vendre que de telle manière, c'est bien dire implicitement que, s'il vend autrement, la vente ne sera pas valable. Cependant ce n'est pas ainsi qu'on interprète ce texte. Il faut, dit-on, l'entendre en ce sens : que l'héritier *qui veut conserver sa qualité d'héritier bénéficiaire* ne peut vendre sans observer les formalités prescrites par la loi. Ainsi, la vente faite sans les formalités prescrites est valable; mais l'héritier qui l'a faite est déchu du bénéfice d'inventaire, constitué héritier pur et simple. C'est, en effet, ce que disent très-expressément les articles 988 et 989 du Code de procédure. La vente est valable, parce que l'acceptation bénéficiaire, introduite dans l'intérêt de l'héritier, ne le lie pas irrévocablement : la loi lui permet, en effet, de reprendre la condition commune des héritiers, celle d'un héritier pur et simple, et c'est ce qu'il fait tacitement en aliénant *proprio motu*, c'est-à-dire en maître, les biens de la succession (1).

(1) Un autre système a été proposé : l'héritier qui vend des biens de la succession sans remplir les formalités prescrites, les aliène *valablement* : car *l'égard des tiers* il est propriétaire. Mais cette aliénation le constitue-t-elle nécessairement héritier pur et simple? A cet égard, une distinction doit être faite. Si les créanciers qui subissent la séparation des patrimoines ont intérêt à ce qu'elle cesse, c'est-à-dire si l'héritier est solvable, ils peuvent le faire déclarer déchu du bénéfice d'inventaire, afin d'être payés tant sur ses biens personnels que sur ceux de la succession. Cette faculté résulte pour eux de l'art. 989 du Code de procédure, portant que l'héritier ne peut vendre à l'amiable *sous peine* d'être *réputé* héritier pur et simple. Que si, au contraire,

Les créanciers peuvent-ils vendre les biens sur leurs poursuites personnelles ?

298. — Quoique l'héritier bénéficiaire ait le droit de vendre lui-même en justice les biens de la succession, les créanciers ont néanmoins le droit de les saisir et de les faire vendre, sur leurs poursuites personnelles. C'est une faculté du droit commun, qu'ils conservent par cela seul que la loi ne la leur enlève pas expressément.

Toutefois, si l'héritier a pris l'initiative des poursuites, je ne pense pas que les créanciers soient admis à entraver, par une saisie désormais sans objet, la procédure commencée du chef de l'héritier. La loi ne peut point vouloir que ces droits parallèles, se contrariant l'un l'autre, multiplient ainsi les frais en pure perte (MM. Val.; Duv.).

Art. 807.

Quelle garantie les créanciers peuvent-ils exiger de l'héritier bénéficiaire ?

299. — Les créanciers et autres personnes intéressées peuvent exiger que l'héritier donne caution bonne et solvable : 1° de la valeur du mobilier; 2° de la portion du prix des immeubles non *déléguée*, c'est-à-dire non *payée* (voy. le n° 296) aux créanciers privilégiés ou hypothécaires; ajoutons, quoique la loi ne le dise pas expressément, 3° des sommes payées par les débiteurs du défunt (voy. Form. 247 et 248).

Pourquoi l'héritier pur et simple n'est-il pas tenu de donner la même garantie ?

300. — L'héritier pur et simple, quoiqu'il soit traité moins favorablement que l'héritier bénéficiaire, n'est pas tenu de donner caution : il semble donc qu'il y ait contradiction dans la loi ; mais cette contradiction n'est qu'apparente. Le parti qu'a pris l'héritier bénéficiaire fait présumer que la succession est insolvable, que son actif est au-dessous de son passif : il importe, par conséquent, que les créanciers qui sont menacés de ne recevoir qu'une portion de ce qui leur est dû, soient garantis que le patrimoine insuffisant sur lequel ils comptent ne sera pas dissipé. L'acceptation pure et simple, au contraire, n'entraîne pas la même présomption de faillite : elle fait supposer que la succession est riche et fera honneur à ses engagements. Les créanciers ont d'ailleurs une garantie, l'obligation dont est tenu l'héritier de payer toutes les dettes de la succession, *même sur ses biens personnels*. Aucun danger sérieux ne les menace : dès lors, à quoi bon une garantie spéciale ?

Quid, si l'héritier bénéficiaire ne peut pas donner la garan-

301. — L'héritier qui ne peut ni fournir une caution, ni y suppléer par une garantie d'une autre nature, par exemple, par une

ils ont intérêt à la continuation de la séparation des patrimoines, c'est-à-dire si l'actif de la succession est supérieur ou égal à son passif, tandis que l'héritier est insolvable, celui-ci continue d'être héritier bénéficiaire : il ne peut pas, en effet, invoquer l'art. 989, car cet article a été fait, *non pour*, mais *contre* lui. Autrement, la *peine* à laquelle la loi le soumet tournerait à son profit et sévirait contre ceux qu'elle a voulu protéger. Ainsi, les créanciers peuvent, suivant leur intérêt, le faire déclarer héritier pur et simple ou le laisser dans la condition d'héritier bénéficiaire (MM. Blondeau, *Traité de la sépar. des patrim.*; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 235, 237).—Voy. la réfutation de ce système dans mon *Exam. crit. du comment. de M. Troplong sur les priv.*, n° 317.

hypothèque sur ses biens personnels, n'est pas déchu du bénéfice d'inventaire ; mais ses pouvoirs d'administrateur se trouvent restreints. La loi le place alors dans une position analogue à celle d'un curateur à succession vacante. Il peut encore poursuivre la vente des biens, le recouvrement des sommes dues à la succession ; mais le prix de vente, mais les sommes dues par les débiteurs héréditaires, au lieu d'être payés entre ses mains, sont versés, pour être employés à l'acquittement des charges de la succession, à Paris, à la caisse des consignations, dans les départements, au bureau d'enregistrement (voy. le n° 319-3°).

tie qu'on lui demande ou une garantie équivalente ?

§ IX. — *De la manière dont l'héritier bénéficiaire doit payer les créanciers et légataires.*

Art. 808 et 809.

302. — Les créanciers sont *privilégiés, hypothécaires* ou *chirographaires* (les créanciers chirographaires sont ceux qui n'ont ni privilége ni hypothèque). Les créanciers privilégiés, même les plus récents, sont payés par préférence, même aux créanciers hypothécaires les plus anciens, et, à plus forte raison, aux créanciers chirographaires (art. 2095). Lorsqu'ils sont en conflit entre eux, c'est-à-dire lorsque plusieurs créanciers ont un privilége sur un même bien, celui-là est payé avant les autres dont la créance mérite le plus de faveur aux yeux de la loi (art. 2096) ; si la cause de leur créance est de même nature, ils concourent entre eux (art. 2097).

Combien distingue-t-on d'espèces de créanciers ?

Dans quel ordre les paie-t-on, selon le droit commun ?

Les créanciers hypothécaires sont payés *après* les créanciers privilégiés et *avant* les créanciers chirographaires. Entre eux, c'est-à-dire lorsque leurs hypothèques existent sur un même bien, celui-là prime les autres qui a le premier fait inscrire son hypothèque. Tel est le principe. Par exception, les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits, sont affranchies de la formalité de l'inscription. Quant à elles, le rang qu'elles doivent avoir se fixe d'après certaines dates que la loi détermine (art. 2134 et 2135). — Ainsi, les créanciers hypothécaires sont payés suivant l'ordre de leurs inscriptions ou des dates qui légalement en tiennent lieu.

Les créanciers chirographaires sont payés *après les créanciers privilégiés ou hypothécaires*. Ils concourent entre eux *au marc le franc* : lorsque le débiteur est insolvable, chacun d'eux ne reçoit qu'un dividende proportionnel à sa créance,—la moitié, le tiers ou le quart, si l'actif du débiteur n'atteint que la moitié, le tiers ou le quart de son passif.

Lorsqu'il existe des créanciers et des légataires, ceux-ci ne peuvent être valablement payés qu'autant qu'il reste quelque chose après que tous les créanciers ont été intégralement désintéressés (voy. le n° 236).

Comment l'héritier bénéficiaire paie-t-il

Cela posé, examinons comment se fait la distribution des deniers qu'a touchés l'héritier bénéficiaire. Il faut, à cet égard, dis-

les créanciers et légataires?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

tinguer suivant qu'il existe ou non des créanciers ou légataires qui lui ont signifié défense de faire aucun paiement hors de leur présence : cette signification s'appelle *opposition*.

Quid, s'il existe des créanciers opposants?

303.— 1° *Il existe des créanciers opposants.* — L'opposition qu'a reçue l'héritier lui enlève le droit de payer lui-même et à l'amiable les créanciers ou légataires qui réclament ce qui leur est dû. La distribution des fonds ne peut être faite que judiciairement, c'est-à-dire qu'en vertu d'un règlement du juge-commissaire, chargé par le tribunal de déterminer ce qui revient à chacun. Les créanciers privilégiés, hypothécaires et chirographaires, sont alors payés suivant les distinctions qui viennent d'être faites.

— Nous dirons tout à l'heure (voy. le n° 309) ce qui arrive lorsque l'héritier, méprisant les oppositions qui lui ont été signifiées, a payé, de son chef, les créanciers et légataires qui se sont présentés.

Quid, s'il n'y en a point?

304. — 2° *L'héritier bénéficiaire n'a reçu aucune opposition.* — Il peut payer les créanciers et légataires à mesure qu'ils se présentent. Peu importe que celui qui réclame soit un créancier privilégié ou hypothécaire. Hypothécaires ou chirographaires, créanciers ou légataires, les premiers venus doivent être payés, puisqu'ils ne demandent en définitive que ce qui leur est dû : la négligence des autres ne doit point leur préjudicier.

305.— L'héritier est entièrement quitte en rendant ses comptes aux créanciers retardataires, c'est-à-dire en justifiant que les paiements qu'il a effectués ont absorbé les fonds qui étaient à sa disposition : il ne peut pas être recherché par eux. Mais n'ont-ils pas au moins un recours contre ceux qui ont été payés à leur préjudice? L'art. 809 répond en ces termes à cette question :

« Les créanciers *non opposants* qui *ne* se présentent qu'*après* « l'apurement du compte et le paiement du reliquat n'*ont* de re- « cours à exercer *que contre les légataires.*

« *Dans l'un et l'autre cas*, le recours se prescrit par le laps de « trois ans, à compter du jour de l'apurement du compte et du « paiement du reliquat. »

Les créanciers non opposants qui n'ont pas été payés ont-ils un recours contre les créanciers ou légataires qui ont été payés?

Comment concilier les mots du second alinéa de l'art. 809 : *Dans l'un et l'autre cas*, avec le premier alinéa, qui ne prévoit qu'un seul cas?

Dans l'un et l'autre cas..... Mais le premier alinéa de l'article n'en prévoit qu'un, celui où les créanciers se présentent *après* l'apurement du compte et le paiement du reliquat! Cette contradiction entre les deux alinéas de l'article s'explique par l'historique de sa rédaction. Deux cas avaient d'abord été textuellement prévus : 1° celui où les créanciers se présentent *avant;* 2° celui où ils se présentent *après* l'apurement du compte et le paiement du reliquat. Dans le premier, les créanciers retardataires avaient un recours tant contre les créanciers que contre les légataires qui avaient été payés; dans le deuxième, ils n'avaient de recours que contre les légataires. La deuxième hypothèse a été textuellement maintenue dans la rédaction définitive de l'article; la première a été retranchée. Ce changement aurait dû amener la modifica-

tion du deuxième alinéa ; mais on l'a, par mégarde, maintenu tel qu'il était dans le projet.

Pourquoi les créanciers non payés ont-ils un recours contre les légataires ? Par quel laps de temps ce recours se prescrit-il ?

306. — Les créanciers, bien qu'ils ne se présentent qu'*après* l'apurement du compte et le paiement du reliquat, ont néanmoins un recours contre *les légataires :* l'équité serait blessée si le retard qu'un créancier a mis à se présenter devait avoir pour résultat d'enrichir à ses dépens les légataires ! Il a toujours été admis que ceux *qui certant de damno vitando* sont plus favorables que ceux *qui certant de lucro captando.* — Toutefois, les créanciers étant en faute, la loi a cru devoir restreindre dans un délai très-court leur action contre les légataires : leur action se prescrit par *trois ans*, à compter de l'apurement du compte et du paiement du reliquat.

Les créanciers qui se présentent *avant* l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont-ils, comme les créanciers retardataires, de recours que contre les légataires ? Peuvent-ils recourir contre les créanciers qui ont été payés ?

307. — Deux questions se rapportent à cette matière.

1° Les créanciers qui se présentent *avant* l'apurement du compte et le paiement du reliquat peuvent, bien entendu, débattre avec l'héritier le compte qu'il leur oppose et, dans tous les cas, se faire attribuer en tout ou en partie le reliquat qui se trouverait entre ses mains. Si ce reliquat est insuffisant, n'ont-ils, comme les créanciers retardataires, de recours *que contre les légataires ?*

On soutient, dans un premier système, qu'ils peuvent recourir tant contre les autres créanciers qui ont été payés que contre les légataires. « Il faut, dit-on, considérer comme maintenue, dans la pensée du législateur, la disposition du projet qui leur permettait expressément de recourir contre les uns et contre les autres. Si elle n'a pas été textuellement conservée, c'est qu'elle se déduisait naturellement et comme un corollaire nécessaire de la seconde, qui était maintenue : en effet, par cela seul qu'on n'accordait un recours *que contre les légataires* aux créanciers qui ne se présentent qu'*après* l'apurement du compte et le paiement du reliquat, on décidait implicitement et nécessairement que les créanciers qui se présentent *avant* la même époque ont un recours contre d'autres personnes que les légataires, c'est-à-dire tant contre les créanciers que contre les légataires. La rédaction même de notre article corrobore cette interprétation : car, si les créanciers, soit qu'ils se présentent *avant*, soit qu'ils se présentent *après* l'apurement du compte et le paiement du reliquat, avaient dû être traités de la même manière, la loi n'eût certainement pas distingué, comme elle l'a fait en ne s'expliquant textuellement que sur l'une des deux hypothèses, entre les créanciers qui se présentent *avant* et ceux qui se présentent *après* cette époque.

« Le système contraire serait, d'ailleurs, fort peu équitable. Qu'adviendrait-il, en effet ? L'héritier, devenu l'arbitre du droit des créanciers, pourrait payer, avant tous autres, ceux qu'il affectionne le plus ! Les créanciers les plus rapprochés du domicile de l'héritier, ou avertis les premiers de l'ouverture de la succession, seraient payés par préférence peut-être à des créanciers privilégiés ou hypothécaires qui, dans l'ignorance du

décès de leur débiteur ou par suite de leur éloignement, ne pourraient pas se présenter assez tôt pour faire valoir leur droit ! On arriverait ainsi à ce résultat absurde, savoir, qu'entre créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, la préférence appartiendrait à celui qui, étant le plus rapproché du domicile de l'héritier, se présenterait le premier ; la préférence serait le prix de la course !

« Qu'on ne dise pas que les créanciers qui ont été intégralement payés n'ont, en définitive, reçu que ce qui leur était dû ! car, par la seule force de la loi, la créance de chacun a été restreinte à un simple dividende. Ce qui le prouve, c'est que l'article 2146 ne permet pas au créancier qui a une hypothèque constituée du vivant du *de cujus* de réaliser son droit de préférence par une inscription prise après l'ouverture de la succession. Le créancier qui n'avait droit qu'à un dividende et qui a été payé intégralement, a donc en réalité reçu plus qu'il ne lui était dû : dès lors il doit rendre ce qu'il a reçu de trop (art. 1376). »

Une objection a été faite contre ce premier système. Aux termes de l'art. 503 du Code de commerce, les créanciers retardataires n'ont point, en matière de faillite, de recours à exercer contre les créanciers déjà payés ; ils ont seulement le droit, si tous les fonds n'ont pas été distribués, de prélever sur le reliquat le dividende afférent à leur créance, dans les premières répartitions. Il faut, dit-on, appliquer, *par analogie*, le même système aux créanciers de la succession : car une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire peut très-bien être, au moins sous plusieurs rapports, assimilée à un débiteur failli (voy. art. 2146, C. N.).

Mais cette analogie est-elle réelle ? On ne saurait l'admettre. Si la loi s'est montrée rigoureuse à l'égard des créanciers retardataires d'un failli, c'est : 1° parce que la faillite est environnée d'une grande publicité ; 2° parce que les créanciers sont mis en demeure de se présenter, et par des lettres particulières, et par des annonces dans les journaux ; 3° parce qu'un délai leur est accordé pour se mettre en règle.

L'art. 2198 fournit une seconde objection. Un conservateur des hypothèques a négligé de mentionner, dans le certificat qu'il a délivré à l'acquéreur d'un immeuble, l'inscription d'un créancier ; l'acquéreur a employé le prix d'acquisition à désintéresser les créanciers mentionnés dans le certificat qu'il s'est fait délivrer : le créancier oublié et non payé a-t-il un recours contre les créanciers qui ont été désintéressés ? Non, il n'a de recours que contre le conservateur ; et cependant ce créancier n'a aucune négligence à se reprocher ! On voit donc que, selon l'esprit de la loi, un créancier payé des deniers de son débiteur n'a jamais rien à rendre aux autres créanciers.

Cette dernière objection est des plus fortes. On peut cependant y répondre, en faisant remarquer que le recours du créancier non payé contre le conservateur le protége contre toute éventualité

fâcheuse : car le conservateur, à moins d'événements extraordinaires, sera toujours solvable. Mais quelle serait, dans notre espèce, la garantie du créancier non payé, s'il n'avait de recours *que contre les légataires ?* Elle serait nulle, s'il n'existait point de légataires payés, ou inefficace, si l'argent qu'ils ont reçu n'était pas égal au montant de sa créance. Les deux espèces sont donc bien différentes : dès lors il n'y a pas lieu de raisonner par analogie.

308. — Le système contraire est plus généralement admis. « Lors, a-t-on dit, qu'il n'y a point de créanciers opposants, l'héritier peut, la loi l'y oblige même, payer les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent (art. 808). Les paiements qu'il fait sont donc *valables*, et, par conséquent, *définitifs : repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.* La loi, il est vrai, permet de recourir contre les légataires ; mais ce recours constitue une exception, qui ne saurait s'étendre : il faudrait un texte formel pour l'appliquer contre les créanciers. On a, d'ailleurs, accordé quelque chose aux plus vigilants : *jura vigilantibus prosunt*» (1).

Quid, si l'héritier bénéficiaire a fait des paiements nonobstant une opposition ?

309. — 2° Lorsque l'héritier bénéficiaire a fait des paiements *nonobstant une opposition*, le créancier non payé a évidemment un recours contre les légataires, et même aussi contre *l'héritier*, puisqu'il a dépassé ses pouvoirs. Mais, si les légataires, si l'héritier, sont insolvables, peut-il recourir contre les créanciers déjà payés ? L'affirmative n'est pas douteuse. Notre art. 809 la consacre, en effet, par un *à contrario* décisif : car dire que les *non-opposants* n'ont de recours que *contre les légataires*, c'est virtuellement dire que les *opposants* ont un recours tant contre les créanciers que contre les légataires. Ceux-ci, d'ailleurs, ont reçu ce qui ne leur était point dû, puisqu'ils avaient droit, non point au paiement intégral qu'ils ont reçu, mais à un simple dividende (2).

Le recours des créanciers opposants ne se prescrit que par trente ans. L'art. 809 ne leur est point applicable : ils n'ont, en effet, aucune négligence à se reprocher (3).

Les successeurs irréguliers ont-ils intérêt à accepter sous bénéfice d'inventaire ?

310. — *Des successeurs qui n'ont pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire.* — Nous avons dit, sous le n° 32, que les *successeurs irréguliers* ne représentent pas la personne du défunt ; nous en avons conclu qu'ils ne sont tenus des dettes que dans la limite des biens qu'ils ont recueillis. Le bénéfice d'inventaire est donc inhérent à la dévolution des biens au profit des successeurs irréguliers (4). Ainsi, il est inutile qu'ils aillent au greffe déclarer

(1) MM. Dur., t. VII, n° 35; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 202; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 632; Dem., t. III, n° 133 *bis*, III; Duv.; Demol., t. III, n° 325.

(2) MM. Val.; Dem., t. III, n° 133 *bis*, II; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 202; Demol., t. III, n° 303.

(3) MM. Val.; Duv.; Demol., t. III, n° 305. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 203-204.

(4) Nous rappelons que, suivant M. Demolombe (t. I, n° 160), les successeurs irréguliers sont tenus des dettes *ultrà vires*, quand ils n'acceptent point sous bénéfice d'inventaire (voy. ci-dessus, le n° 32, à la note).

Ne sont-ils pas cependant tenus de faire un inventaire?

qu'ils n'entendent accepter que sous bénéfice d'inventaire. Néanmoins l'État, le conjoint et les enfants naturels appelés à défaut de parents, sont tenus de faire inventorier les biens, non pas à l'effet d'acquérir le bénéfice d'inventaire, mais dans l'intérêt des héritiers qui pourraient plus tard se présenter (art. 769).

Quid, s'ils n'en font pas?

311. — Remarquons aussi que le successeur irrégulier qui n'a pas fait procéder à l'inventaire peut être contraint de payer *toutes les dettes :* car, en laissant confondre les biens du défunt avec ses biens personnels, il a tacitement reconnu que l'actif de la succession était au moins égal à son passif (art. 1416, argum. d'analogie).

SECTION IV. — DES SUCCESSIONS VACANTES.

Quelle différence y a-t-il entre une succession *en déshérence* et une succession *vacante*?

312. — La succession *en déshérence* est dévolue à l'État (article 768); la succession *vacante* est pourvue d'un curateur.

Quand la succession est-elle en déshérence?

La succession est *en déshérence* lorsqu'il est *constant* que le défunt n'a laissé aucun héritier ni aucun successeur; la succession

Quand est-elle *réputée* en déshérence?

est *réputée en déshérence* lorsqu'il ne se présente personne pour la réclamer et qu'il n'y a pas d'héritier connu, en d'autres termes,

Peut-elle alors être attribuée à l'Etat?

lorsqu'il est *probable* que le défunt n'a laissé aucun héritier ni aucun successeur.

La succession *réputée* en déshérence peut-elle être attribuée à l'État? Sans aucun doute! Nous voyons, en effet, dans l'art. 769, que l'État qui réclame une succession doit faire apposer les scellés et confectionner un inventaire; or, ces mesures conservatoires n'ont évidemment d'autre but que de sauvegarder les intérêts des héritiers qui pourront plus tard se présenter (art. 772). La loi suppose donc que l'État peut appréhender la succession, *quoiqu'il ne soit pas certain, démontré*, que le défunt n'a laissé aucun successible (voy. les nos 196 et 197) (M. Val.).

Ainsi, est-il *certain* (1) qu'il n'existe aucun successible : l'État obtient l'envoi en possession immédiatement et sans remplir préalablement aucune formalité. Est-il, au contraire, seulement *probable* qu'il n'existe aucun successible : l'État n'obtient l'envoi en possession qu'après avoir fait trois publications ou affiches, apposé les scellés et inventorié les biens.

Quand la succession est-elle vacante?

313. — La succession est *vacante* lorsqu'il ne se présente personne, *pas même l'Etat, pour la réclamer*. « Mais, dira-t-on, l'État se présentera toujours : car, aux termes d'une circulaire du 8 juillet 1806, il est enjoint aux agents du fisc d'accepter toute succession présumée sans maître lors même qu'elle est notoirement mauvaise. » Je réponds qu'il est possible : 1° que les agents du fisc ignorent l'ouverture de la succession; 2° que leur demande d'envoi en possession soit rejetée par le tribunal, qui sait ou qui

(1) La mort civile étant abrogée, la *certitude* dont je parle n'est guère possible aujourd'hui.

présume que des personnes existent qui ont droit à la succession.

Lorsque les héritiers ont renoncé et que les parents appelés à leur défaut sont *connus* et restent dans l'inaction, la succession est-elle vacante ?

314. — Lorsque les héritiers du degré le plus proche renoncent, et que les personnes appelées à leur défaut *sont connues* et restent dans l'inaction, la succession *est vacante :* l'art. 790 est formel à cet égard, et sa décision est fort logique. Lorsqu'un héritier *saisi* est *connu,* la succession ne doit pas être déclarée vacante, car alors il existe un représentant de la succession. Les créanciers ont un contradicteur légitime ; ils peuvent agir contre lui. Mais, quand aucun parent n'est saisi, et, dans l'espèce, nous avons montré que la saisine n'appartient à personne (voy. le n° 207), la succession est réellement *vacante* : elle n'est pas *en déshérence*, puisqu'il est certain que des personnes existent qui pourront plus tard se présenter pour accepter la succession. Le système contraire entraînerait d'ailleurs des inconvénients fort graves : car, avant d'arriver à la nomination d'un curateur, les créanciers seraient obligés, en cas de renonciations successives, de parcourir tous les degrés de parenté, depuis le premier jusqu'au douzième (1) !

315. — En somme, trois conditions sont nécessaires pour qu'une succession soit considérée comme vacante. Il faut : 1° que les délais pour faire inventaire et délibérer soient expirés ; 2° qu'il ne se présente personne, pas même l'État, pour la réclamer ; 3° qu'il n'y ait point d'héritiers connus, ou que les héritiers connus y aient renoncé.

Ne peut-il pas arriver qu'il y ait lieu de nommer un curateur à la succession, bien qu'elle soit réclamée par des successeurs connus ?

316. — Toutefois, quelques personnes pensent que les créanciers peuvent faire nommer un curateur, non-seulement lorsque personne ne réclame la succession, mais encore au cas où elle est réclamée par un successeur irrégulier. On sait, en effet, qu'il peut s'écouler un temps assez long entre la demande d'envoi en possession et le jugement ; or, il est possible qu'un créancier ait un intérêt légitime à poursuivre immédiatement, par exemple, si sa créance est sur le point d'être prescrite. Dans cette hypothèse, le créancier peut demander que la succession soit munie d'un curateur, contre lequel il puisse agir à l'effet de sauvegarder son droit compromis (2).

317. — D'autres enseignent, au contraire, qu'il n'y a point lieu à nommer un curateur, puisque la succession n'est point vacante. Le tribunal ordonnera, disent-elles, les mesures qu'il croira convenables. Ainsi, il pourra confier l'administration de la succession, soit à un tiers gérant, soit au successeur lui-même ; mais cette administration provisoire différera essentiellement de celle du curateur et ne devra comprendre que des actes d'urgence (3).

Art. 812 à 814.

Qu'y a-t-il à faire quand la succession est vacante ?

318. — Lorsque la succession est vacante, toutes personnes intéressées, les créanciers, les légataires, les coassociés du défunt, etc., peuvent demander au tribunal de l'ouverture de la succession la

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 112, et t. I, p. 586; Val.
(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 151; Val.
(3) MM. Dur., t. VI, n° 352, et t. VII, n° 60; Dem., t. III, n° 135 *bis*, I; Demol., t. III, n° 405.

Ne sont-ils pas cependant tenus de faire un inventaire ?

qu'ils n'entendent accepter que sous bénéfice d'inventaire. Néanmoins l'État, le conjoint et les enfants naturels appelés à défaut de parents, sont tenus de faire inventorier les biens, non pas à l'effet d'acquérir le bénéfice d'inventaire, mais dans l'intérêt des héritiers qui pourraient plus tard se présenter (art. 769).

Quid, s'ils n'en font pas ?

311. — Remarquons aussi que le successeur irrégulier qui n'a pas fait procéder à l'inventaire peut être contraint de payer *toutes les dettes :* car, en laissant confondre les biens du défunt avec ses biens personnels, il a tacitement reconnu que l'actif de la succession était au moins égal à son passif (art. 1416, argum. d'analogie).

SECTION IV. — DES SUCCESSIONS VACANTES.

Quelle différence y a-t-il entre une succession *en déshérence* et une succession *vacante* ?

312. — La succession *en déshérence* est dévolue à l'État (article 768) ; la succession *vacante* est pourvue d'un curateur.

Quand la succession est-elle en déshérence ?

La succession est *en déshérence* lorsqu'il est *constant* que le défunt n'a laissé aucun héritier ni aucun successeur ; la succession

Quand est-elle *réputée* en déshérence ?

est *réputée en déshérence* lorsqu'il ne se présente personne pour la réclamer et qu'il n'y a pas d'héritier connu, en d'autres termes,

Peut-elle alors être attribuée à l'État ?

lorsqu'il est *probable* que le défunt n'a laissé aucun héritier ni aucun successeur.

La succession *réputée* en déshérence peut-elle être attribuée à l'État ? Sans aucun doute ! Nous voyons, en effet, dans l'art. 769, que l'État qui réclame une succession doit faire apposer les scellés et confectionner un inventaire ; or, ces mesures conservatoires n'ont évidemment d'autre but que de sauvegarder les intérêts des héritiers qui pourront plus tard se présenter (art. 772). La loi suppose donc que l'État peut appréhender la succession, *quoiqu'il ne soit pas certain, démontré*, que le défunt n'a laissé aucun successible (voy. les nos 196 et 197) (M. Val.).

Ainsi, est-il *certain* (1) qu'il n'existe aucun successible : l'État obtient l'envoi en possession immédiatement et sans remplir préalablement aucune formalité. Est-il, au contraire, seulement *probable* qu'il n'existe aucun successible : l'État n'obtient l'envoi en possession qu'après avoir fait trois publications ou affiches, apposé les scellés et inventorié les biens.

Quand la succession est-elle vacante ?

313. — La succession est *vacante* lorsqu'il ne se présente personne, *pas même l'Etat, pour la réclamer*. « Mais, dira-t-on, l'État se présentera toujours : car, aux termes d'une circulaire du 8 juillet 1806, il est enjoint aux agents du fisc d'accepter toute succession présumée sans maître lors même qu'elle est notoirement mauvaise. » Je réponds qu'il est possible : 1° que les agents du fisc ignorent l'ouverture de la succession ; 2° que leur demande d'envoi en possession soit rejetée par le tribunal, qui sait ou qui

(1) La mort civile étant abrogée, la *certitude* dont je parle n'est guère possible aujourd'hui.

présume que des personnes existent qui ont droit à la succession.

Lorsque les héritiers ont renoncé et que les parents appelés à leur défaut sont *connus* et restent dans l'inaction, la succession est-elle vacante?

314. — Lorsque les héritiers du degré le plus proche renoncent, et que les personnes appelées à leur défaut *sont connues* et restent dans l'inaction, la succession *est vacante* : l'art. 790 est formel à cet égard, et sa décision est fort logique. Lorsqu'un héritier *saisi* est *connu*, la succession ne doit pas être déclarée vacante, car alors il existe un représentant de la succession. Les créanciers ont un contradicteur légitime ; ils peuvent agir contre lui. Mais, quand aucun parent n'est saisi, et, dans l'espèce, nous avons montré que la saisine n'appartient à personne (voy. le n° 207), la succession est réellement *vacante* : elle n'est pas *en déshérence*, puisqu'il est certain que des personnes existent qui pourront plus tard se présenter pour accepter la succession. Le système contraire entraînerait d'ailleurs des inconvénients fort graves : car, avant d'arriver à la nomination d'un curateur, les créanciers seraient obligés, en cas de renonciations successives, de parcourir tous les degrés de parenté, depuis le premier jusqu'au douzième (1) !

315. — En somme, trois conditions sont nécessaires pour qu'une succession soit considérée comme vacante. Il faut : 1° que les délais pour faire inventaire et délibérer soient expirés ; 2° qu'il ne se présente personne, pas même l'État, pour la réclamer ; 3° qu'il n'y ait point d'héritiers connus, ou que les héritiers connus y aient renoncé.

Ne peut-il pas arriver qu'il y ait lieu de nommer un curateur à la succession, bien qu'elle soit réclamée par des successeurs connus ?

316. — Toutefois, quelques personnes pensent que les créanciers peuvent faire nommer un curateur, non-seulement lorsque personne ne réclame la succession, mais encore au cas où elle est réclamée par un successeur irrégulier. On sait, en effet, qu'il peut s'écouler un temps assez long entre la demande d'envoi en possession et le jugement ; or, il est possible qu'un créancier ait un intérêt légitime à poursuivre immédiatement, par exemple, si sa créance est sur le point d'être prescrite. Dans cette hypothèse, le créancier peut demander que la succession soit munie d'un curateur, contre lequel il puisse agir à l'effet de sauvegarder son droit compromis (2).

317. — D'autres enseignent, au contraire, qu'il n'y a point lieu à nommer un curateur, puisque la succession n'est point vacante. Le tribunal ordonnera, disent-elles, les mesures qu'il croira convenables. Ainsi, il pourra confier l'administration de la succession, soit à un tiers gérant, soit au successeur lui-même ; mais cette administration provisoire différera essentiellement de celle du curateur et ne devra comprendre que des actes d'urgence (3).

Art. 812 à 814.

Qu'y a-t-il à faire quand la succession est vacante?

318. — Lorsque la succession est vacante, toutes personnes intéressées, les créanciers, les légataires, les coassociés du défunt, etc., peuvent demander au tribunal de l'ouverture de la succession la

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 112, et t. I, p. 586; Val.
(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 151; Val.
(3) MM. Dur., t. VI, n° 352, et t. VII, n° 60; Dem., t. III, n° 135 *bis*, I; Demol., t. III, n° 405.

Qui nomme le curateur? Quelles personnes peuvent en provoquer la nomination?

nomination d'un curateur (voy. la Form. 249). Le procureur impérial peut même la requérir d'office.

319. — Le curateur nommé doit, avant tout, faire constater l'état de l'hérédité par un inventaire dressé dans les formes prescrites par les art. 941 et suivants du Code de procédure (voy. la Form. 250). — En ce qui touche l'administration de la succession, la loi assimile le curateur à l'héritier bénéficiaire (voy. les Form. 250 et 251). Toutefois il existe entre eux de nombreuses différences, qu'il importe de signaler :

Quelles différences y a-t-il entre un curateur et un héritier bénéficiaire?

1° Le curateur, n'étant point héritier, n'a aucun droit à l'excédant de l'actif sur le passif, tandis que cet excédant reste à l'héritier bénéficiaire.

2° Il ne peut pas, comme l'héritier bénéficiaire, conserver les biens meubles en nature (voy. le n° 295), même en offrant caution; la loi veut qu'il les vende, après qu'il a fait procéder à la confection de l'inventaire (art. 1000, C. pr.).

3° Le curateur n'a pas, comme l'héritier bénéficiaire, le maniement des deniers. Vend-il des meubles ou des immeubles non grevés d'hypothèques ; des débiteurs héréditaires offrent-ils de s'acquitter : c'est bien lui qui donne quittance ; mais, au lieu de toucher les fonds, il est tenu de les faire déposer, par l'acheteur ou par les débiteurs qui offrent de payer, à la caisse des dépôts et consignations. Les acheteurs ou débiteurs qui paient entre ses mains paient mal et ne sont pas libérés, à moins pourtant que les fonds par eux payés n'aient tourné au profit de la succession (art. 1239). Quant aux paiements des dettes du défunt, ils sont ordonnancés par le tribunal, et le préposé à la caisse des dépôts et consignations paie sur le vu de ces ordonnances.

4° Le curateur n'est pas tenu de donner caution, précisément parce qu'il n'a pas le maniement des fonds.

5° Le curateur est un mandataire salarié; l'héritier bénéficiaire administre gratuitement.

6° La responsabilité relative aux fautes est plus rigoureusement appliquée au curateur qu'à l'héritier bénéficiaire, précisément parce que l'un reçoit le prix de ses services, tandis que l'autre les donne gratuitement (art. 804 et 1992).

7° Les ventes faites à l'amiable par le curateur sont nulles : car le curateur qui n'observe pas les formes prescrites par la loi (voy. la Form. 251) dépasse les limites de son mandat : il ne représente pas la succession. Nous savons, au contraire, que l'inobservation des mêmes formes n'entraîne pas la nullité des aliénations qui émanent d'un héritier bénéficiaire (voy. le n° 297).

CHAPITRE VI. — DU PARTAGE ET DES RAPPORTS.

7e *Répétition.*

SECTION I. — DE L'ACTION EN PARTAGE ET DE SA FORME.

Qu'est-ce que l'indivision?

320. — I. *Indivision. — Définition du partage.* — Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux acquiert un

droit sur chaque objet de la succession et sur chacune des molécules de chaque objet. On appelle *indivision* ce concours de droits rivaux qui se rencontrent, se réunissent, se confondent dans chaque objet de l'hérédité. Le partage fait cesser l'indivision, en limitant le droit général de chaque héritier à certains objets déterminés, qui désormais lui appartiennent *exclusivement*.

En réalité, le partage est *un échange* que font entre eux les cohéritiers. Chacun d'eux cède aux autres le droit qu'il a sur les objets qui leur sont attribués et reçoit en échange le droit qu'ils ont sur les objets mis dans son lot. Mais le Code est parti d'une autre idée. Nous trouverons, en effet, quand nous étudierons l'art. 883, une *fiction de droit* dont le résultat est de faire considérer chaque héritier comme ayant toujours eu un droit exclusif sur les objets qui lui sont attribués, et, par suite, comme ayant toujours été étranger aux biens mis dans le lot de ses cohéritiers; en sorte que chacun d'eux est *réputé*, quant aux objets qu'il reçoit pour sa part, avoir *succédé* SEUL *au défunt*.

Ainsi, en *réalité*, le partage est un échange, et, par conséquent, pour chacune des parties un titre d'acquisition et d'aliénation : *le partage est* TRANSLATIF *de propriété*. Cela était admis chez les Romains. Sous l'empire du Code, le partage n'est pas un échange; ce n'est ni un titre d'acquisition ni un titre d'aliénation : aucune partie n'acquiert, aucune partie n'aliène. Le partage n'a d'autre effet que de déterminer les objets relativement auxquels chaque héritier est censé avoir succédé seul au défunt. Aussi dit-on qu'il est non pas *translatif*, mais simplement DÉCLARATIF de propriété. Nous pouvons donc le définir : l'acte qui fait cesser l'indivision, en déterminant, en faisant connaître, les biens à l'égard desquels chaque héritier *est censé avoir succédé seul au défunt*.

Qu'est-ce que le partage?

321. — II. *Du droit qu'a chaque héritier de sortir de l'indivision*. — Tant que dure l'état d'indivision, aucun des héritiers n'a le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer *définitivement* les biens communs. L'aliénation qu'il consent étant subordonnée aux résultats incertains du partage (art. 883), on conçoit qu'il trouvera rarement des tiers disposés à traiter avec lui. L'état d'indivision est donc un obstacle à la circulation des biens, une atteinte au crédit public. — Il est, de plus, nuisible à l'exploitation, à l'amélioration des biens. On s'attache à une chose, on la cultive avec soin, on l'améliore, quand elle est à nous; il n'en est pas de même de celle qui peut être à nous ou à un autre. — Enfin, il fait naître des rixes et engendre des procès. Des *rixes* : car, si l'un des héritiers veut faire tel ou tel acte d'administration, un autre a le droit de s'y opposer, conformément au principe : *in pari causâ, melior est causa prohibentis*. Des *procès* : car chaque héritier a des comptes à rendre : l'un a perçu des fruits, celui-là a fait des dépenses, un autre a détérioré des biens; de là des conflits d'intérêts, toujours difficiles à régler.

Art. 815.

Un héritier peut-il être contraint de rester dans l'indivision lorsque ses cohéritiers sont d'accord pour y demeurer?

Pourquoi ne peut-il pas l'être?

Ainsi, l'état d'indivision est contraire à l'intérêt général, à l'ordre public. De là les conséquences suivantes :

1° Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, et, quoique cet état convienne *à tous les héritiers* moins un seul, celui qui en veut sortir peut le faire cesser en forçant ses cohéritiers de procéder au partage (voy. la Form. 252).

2° La convention par laquelle les héritiers s'engagent à rester dans l'indivision ne lie aucune des parties ; chacune d'elles conserve intact le droit de provoquer le partage.

La convention de rester dans l'indivision pendant un temps qui dépasse cinq ans est-elle valable ? Pourquoi ne l'est-elle pas?

322. — Toutefois, les cohéritiers pouvant avoir, dans beaucoup de cas, un intérêt légitime à retarder pendant quelque temps le partage des biens, la loi leur a permis de convenir que le partage ne pourra pas avoir lieu pendant un certain temps; cette convention ne peut être obligatoire *au-delà de cinq ans* (voy. la Formule 253).

Est-elle entièrement sans effet?

Si les parties fixent un délai plus long, la convention est obligatoire dans la limite du terme légal. Il est évident, en effet, qu ceux qui ont consenti à rester dans l'indivision pendant six, dix ou quinze ans, ont consenti à y rester au moins pendant cinq ans (art. 1660, arg. d'anal.). — Maintenant, que décider si la convention est faite pour un temps *indéfini?* Quelques auteurs pensent qu'elle serait, comme dans la précédente hypothèse, valable, mais pour cinq ans seulement. Il me semble plus rationnel de la déclarer entièrement nulle, car elle paraît n'être qu'un seul tout dans la pensée probable des parties : elles ont, en effet, considéré l'indivision, non point comme un état temporaire, mais comme une situation absolue dans laquelle elles entendaient rester (1).

La convention de rester dans l'indivision pendant cinq ans peut-elle être renouvelée? De quel jour court alors le nouveau délai de cinq ans?

323. — La convention de rester dans l'indivision peut être renouvelée. Si elle l'a été avant l'expiration des cinq ans stipulés, le nouveau délai court, non pas du jour de l'expiration des cinq ans, mais du jour du renouvellement. Autrement, rien ne serait plus facile que de prolonger indéfiniment l'indivision et de tromper la vigilance du législateur.

Un testateur peut-il imposer à ses héritiers l'obligation de rester dans l'indivision pendant cinq ans ?

324. — Un testateur peut-il imposer à ses héritiers l'obligation de rester dans l'indivision pendant cinq ans? M. Duranton pense qu'il le peut (2). Le testateur, dit-il, peut imposer à ses légataires ou héritiers telles conditions que bon lui semble, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, la condition de rester dans l'indivision pendant cinq ans n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, puisque la loi elle-même permet aux héritiers de la stipuler : la condition qui est licite en matière de conventions ne saurait être illicite en ma-

(1) MM. Dur., t. VII, n° 81; Dem., t. III, n° 139 *bis*, III; Demol., t. III, n° 502.

(2) *Conf.*, MM. Aubry et Rau, *sur Zach.*, t. I, p. 408, et t. V, p. 245; Duv.; Demol., t. III, n° 511.

tière de legs. — Cette doctrine était d'ailleurs suivie dans notre ancienne jurisprudence.

Elle est aujourd'hui très-vivement combattue. L'état d'indivision, nous l'avons montré, est contraire à l'ordre public, à l'intérêt général. De là, la règle « que le partage peut *toujours* être provoqué, nonobstant *prohibitions* et *conventions* contraires. » Une seule exception est admise : les héritiers peuvent *convenir* que le partage sera suspendu pendant cinq ans. Quant à la *prohibition*, la règle est absolue. On conçoit très-bien d'ailleurs la raison de la différence établie entre la *prohibition* et la *convention*. La *convention* révèle l'accord des parties, qui, se connaissant déjà par l'expérience mutuelle de leurs caractères, conçoivent la possibilité de s'entendre et de vivre en paix : l'indivision *librement consentie* est peu dangereuse. Le testateur, au contraire, peut se faire illusion sur les sentiments dont ses héritiers sont animés les uns pour les autres, sur la compatibilité de leurs caractères. Dans cette hypothèse, l'indivision, *étant forcée*, serait souvent une cause de rixes, de procès : la loi a donc dû proscrire, d'une manière absolue, la *prohibition* de provoquer le partage (1).

Art. 816.

L'action en partage est-elle prescriptible? Pourquoi ne l'est-elle pas?

325. — Tant que dure *l'état d'indivision*, dure le droit d'en sortir : l'action en partage est perpétuelle. Ainsi, la prescription ne peut pas fonder l'état permanent d'indivision. Qu'est-ce, en effet, que la prescription? une présomption légale d'une cause antérieure et légitime d'acquisition ou de libération ! Lors donc qu'un héritier invoque la prescription contre son cohéritier qui demande le partage, il affirme qu'il a acquis antérieurement, par une convention faite avec lui, le droit de le forcer à rester toujours dans l'indivision ; or, cette convention est prohibée par la loi, elle ne lie point ceux qui l'ont faite : le droit de sortir d'indivision est donc imprescriptible.

Quand cesse-t-elle?

326. — Mais l'action en *partage*, qui dure tant que dure *l'indivision*, s'éteint naturellement dès que cesse l'indivision.

L'indivision cesse, et avec elle l'action en partage, dans deux cas.

Faut-il conclure de ces mots qu'emploie l'art. 816 : l'*acte* de partage, que le partage ne peut jamais être prouvé que par écrit?

1° *Lorsqu'il y a eu un acte de partage...* — « Un *acte* de partage:... » Faut-il conclure de ces mots que le partage ne peut jamais être prouvé que par *écrit*, qu'il ne peut pas l'être par témoins, dans les cas où, selon le droit commun, ce genre de preuve est admis (art. 1341, 1347 et 1348)? Le sens du mot *acte* n'est pas très-bien fixé dans la langue du droit. C'est tantôt un fait, tantôt un écrit constatant un fait. Or, il ne peut avoir, dans l'article que nous expliquons, le sens d'*écrit* : car cet article a pour but, non de déterminer comment le partage, s'il a lieu, pourra être *prouvé*, mais d'exprimer dans quel cas s'éteint l'action en partage. La pensée de la loi est donc celle-ci : l'action en partage peut tou-

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 151 ; Marc., art. 815; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 649 ; Dem., t. III, n° 139 *bis*, II.

jours être intentée « *s'il n'y a eu acte* de partage... », c'est-à-dire *s'il n'y a eu partage*. C'est ainsi qu'on dit souvent : faire *acte* d'acceptation, pour *accepter*.

L'indivision peut-elle cesser par l'effet de la prescription ? Quand y a-t-il prescription à cet effet ?

2° *Lorsqu'il y a eu possession suffisante pour acquérir la prescription*. Ainsi, la prescription, qui ne peut fonder l'état permanent d'indivision, peut le faire *cesser*, et, par suite, éteindre l'action en partage. Un héritier possède la totalité des biens de la succession : si sa possession se prolonge pendant trente ans, s'il possède *animo domini*, avec l'esprit de maître exclusif, se comportant comme il le ferait s'il était en réalité seul et unique propriétaire, la prescription est alors acquise. Cet héritier étant désormais propriétaire exclusif des biens qu'il a ainsi possédés, il ne peut plus être question de partage. Il en est autrement si, au lieu de posséder en maître exclusif, il a possédé les biens pour le compte de tous, en qualité d'administrateur ; s'il a, par exemple, rendu des comptes, fait des baux, tant en son nom qu'au nom de ses cohéritiers, s'il a réclamé des indemnités pour les dépenses qu'il a faites, etc. : dans cette hypothèse, il n'a pas prescrit. N'ayant pas possédé *animo domini*, il n'a été qu'un détenteur précaire. Partant, l'action en partage subsiste.

Les mêmes règles s'appliquent évidemment au cas où chaque héritier a possédé pendant trente ans une part des biens indivis correspondante à sa part héréditaire. Ont-ils possédé *animo domini* : la prescription est acquise, chacun d'eux est propriétaire exclusif des biens qu'il a possédés : l'indivision a cessé, et, avec elle, l'action en partage. Ont-ils possédé, au contraire, comme administrateurs, ou en vertu d'un partage provisionnel ou de jouissance : leur possession, étant précaire, n'a pu fonder la prescription : l'indivision dure encore, l'action en partage n'est pas éteinte.

Combien reconnaît-on d'espèces de partages ? Qu'est-ce que le partage *provisionnel* ? *Définitif* ? Quand est-il provisionnel seulement ?

327. — III. *Des différentes espèces de partages.* — Le partage est *définitif* ou *provisionnel*. Le premier est celui qui fait cesser l'indivision quant à la *pleine propriété* des biens ; le second, celui qui ne la fait cesser que quant à la *jouissance seulement*.

Le partage est *provisionnel*, ou *de jouissance seulement*, dans deux cas : 1° lorsque toutes les parties capables ou dûment représentées n'ont entendu diviser que la jouissance des biens. Dans ce cas, chacune des parties conserve le droit de provoquer un partage définitif. Toutefois, s'il a été entendu que le partage provisionnel durera pendant cinq ans ou pendant un temps moins long, le partage définitif ne pourra être provoqué qu'après l'expiration du délai convenu.

Ne peut-il pas être simplement provisionnel à l'égard de l'une des parties, et définitif à l'égard de l'autre ?

2° Lorsqu'il existe parmi les copartageants des héritiers non capables ou non présents, et que les formalités exigées par la loi pour la validité d'un partage définitif n'ont pas été observées (art. 840). Dans ce cas, le partage est *provisionnel*, à l'égard de la partie incapable ou non présente ; *définitif*, quant aux parties capables et présentes. Ainsi, le cohéritier incapable ou non présent peut, à son choix, ou confirmer le partage provisionnel ou de-

mander un nouveau partage qui sera définitif (voy. le n° 353 et, par analogie, l'art. 1125, 2e alinéa).

Les héritiers qui ont fait un partage avec un héritier incapable sont-ils obligés de rester indéfiniment dans l'indivision ?

Toutefois ses cohéritiers, n'étant pas tenus de rester indéfiniment dans l'incertitude (car cette incertitude constitue précisément l'état d'indivision qu'on a toujours le droit de faire cesser), peuvent, par une sommation, le mettre en demeure ou d'agréer comme définitif le partage provisionnel, ou d'en provoquer un nouveau, dans un certain délai, qui est, en cas de contestation, fixé par le tribunal.

Art. 817.

Quelle capacité la loi exige-t-elle en matière de partage?

328. — IV. *Par qui et contre qui peut être exercée l'action en partage.* — Le partage n'est pas valable, s'il n'est fait entre parties capables ou dûment représentées. Mais quelle capacité la loi exige-t-elle ? Est-ce la capacité d'*aliéner* ? Est-ce simplement la capacité d'*administrer* ? Ce n'est ni l'une ni l'autre. La capacité qu'exige la loi est d'une nature mixte : il ne suffit pas que celui qui provoque un partage ou qui y défend soit capable d'*administrer*, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit capable d'*aliéner* (voy. le n° 329 *bis*).

Un simple pouvoir d'*administration* ne suffit pas : 1° parce que le partage, bien qu'il soit dans notre droit, non pas *translatif*, mais simplement *déclaratif* de propriété, n'en est pas moins, *effectu inspecto*, et *à ne considérer que la nature même des choses*, un acte d'aliénation (voy. le no 320) ; 2° parce qu'il donne lieu à des règlements d'intérêts fort graves, à des questions de rapports, de prélèvements de legs, etc. — Il n'est pas nécessaire que l'héritier soit capable d'*aliéner*. En effet, le partage, qui est *en réalité* un acte d'aliénation, est une opération très-favorable, puisqu'elle fait cesser un état de choses contraire à l'intérêt général, l'*indivision* (voy. le n° 321).

329. — Cela posé, examinons plusieurs espèces :

Quid, si l'un des héritiers est mineur? *Quid*, si plusieurs mineurs, placés sous la même tutelle, ont des intérêts opposés? Le tuteur a-t-il besoin de l'autorisation du conseil de famille?

1° *Héritier mineur non émancipé, ou interdit.* — Il doit être représenté par son tuteur. Lorsque plusieurs mineurs placés sous la même tutelle ont des intérêts opposés, un tuteur spécial est nommé à chacun d'eux (art. 838 *in fine*). L'autorisation du conseil de famille est-elle nécessaire ? Oui, si le tuteur *provoque* le partage ; non, si le partage est demandé *contre lui* (art. 465). Elle n'est pas nécessaire, dans ce dernier cas, parce qu'il serait puéril et préjudiciable aux intérêts du mineur de demander une autorisation que le conseil de famille ne peut pas refuser ; il ne peut pas la refuser, car, aux termes de l'art. 815, tout héritier étant le maître de sortir d'indivision, le conseil de famille ne peut pas paralyser par un refus l'exercice d'un droit qui est d'ordre public.

Peut-il provoquer le partage d'une succession *immobilière* avec la *seule* autorisation du conseil de famille?

329 *bis*. — Remarquons, d'une part, que le tuteur peut *provoquer* (voy. la Form. 254) le partage d'une succession *même immobilière*, avec la seule autorisation du conseil de famille ; qu'il n'est pas tenu de la faire homologuer par le tribunal, bien que cette homologation soit, selon le droit commun, nécessaire quand il

A-t-il besoin de cette autorisation lorsqu'il provoque le partage d'une succession purement mobilière?

veut aliéner un bien immobilier (art. 458, C. N.); — d'autre part, qu'il a besoin de l'autorisation du conseil de famille, alors même que la succession est *purement mobilière* (les art. 465, 817 et 840, C. N., ne distinguent pas), bien que, selon le droit commun, cette autorisation ne soit pas exigée lorsqu'il exerce une action mobilière. Nous trouvons là la preuve que, en matière de partage, la capacité qu'exige la loi est d'une nature toute particulière.

Quid, s'il existe parmi les héritiers un mineur émancipé?

330. — 2° *Héritier mineur émancipé.* — Il doit être assisté de son curateur, *lors même que la succession est purement mobilière:* l'art. 840 ne distingue pas. — L'assistance du curateur suffit-elle? Faut-il de plus l'autorisation du conseil de famille? Cette autorisation est nécessaire, si l'on ne consulte que les art. 484 et 465. Mais l'art. 840, qui est spécial à la matière du partage, n'exige que l'assistance du curateur; je pense donc qu'elle suffit.

Un héritier pourvu d'un conseil judiciaire?

331. — 3° *Héritier pourvu d'un conseil judiciaire.* — La loi n'ayant pas prévu cette hypothèse, il la faut régler selon le droit commun et décider, en conséquence, que cet héritier doit être assisté de son conseil, comme un mineur émancipé est assisté de son curateur.

Un absent?

332. — 4° *Héritier absent.* — Il doit être représenté par un notaire, s'il est simplement présumé absent (art. 113, C. N.); par les envoyés en possession provisoire, si son absence a été déclarée (art. 120) (1).

Art. 818.

Lorsqu'une succession est échue à une femme mariée, est-ce la femme ou son mari qui doit provoquer le partage?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard?

333. — 5° *Héritier femme mariée.* — Ici, une distinction fondamentale est nécessaire. Il faut rechercher, *d'après les conventions matrimoniales stipulées entre les époux*, si le mari acquiert des droits sur la succession ouverte au profit de sa femme, et quels droits il acquiert; si c'est un droit de *jouissance seulement* ou un droit de *pleine propriété*. Nous aurons donc trois cas à considérer :

1° *Le mari acquiert-il, du chef de la communauté qu'il représente, un droit de pleine propriété sur les biens échus à sa femme* (2) : il peut, *à lui seul*, provoquer et faire un partage de *jouissance* et de *propriété*, un *partage définitif*.

2° *Le mari n'acquiert-il aucun droit sur les biens échus à sa femme* (3) : la femme a, seule, qualité pour figurer au partage. L'autorisation de son mari est nécessaire, si la succession comprend des immeubles; elle ne l'est pas dans le cas contraire. La femme séparée de biens peut, en effet, disposer de son mobilier : l'art. 1449 est formel sur ce point. Toutefois, si le partage,

(1) L'art. 113 que je viens de citer suppose qu'un absent peut être héritier. L'art. 136 dit, au contraire, qu'il ne peut pas l'être. Y a-t-il antinomie entre ces deux dispositions? Voy., au t. 1, le n° 376.

(2) Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, les meubles qui leur échoient par succession tombent *en toute propriété* dans l'avoir commun (art. 1401, 1°).

(3) Il n'acquiert aucun droit sur les biens échus à sa femme, lorsqu'il est marié, 1° sous le régime de la séparation de biens; 2° sous le régime dotal, si la dot ne comprend que les biens présents.

au lieu d'être fait à l'amiable, est fait en justice, l'autorisation est nécessaire dans l'une et l'autre hypothèse : car la femme qui n'est pas autorisée ne peut, en aucun cas, ester en justice (article 215, C. N.).

3° *Le mari acquiert-il, sur les biens échus à sa femme, un simple droit de jouissance* (1) : il peut provoquer le partage sans le concours de sa femme ou y défendre seul; mais alors le partage n'est que *provisionnel* ou *de jouissance*, la *propriété* reste dans l'indivision. Ainsi, la présence de la femme, propriétaire des biens, est indispensable pour imprimer au partage un caractère *définitif* : ses cohéritiers doivent donc l'appeler en cause, s'ils désirent faire un partage qui mette fin pour toujours à l'indivision.

Le mari, lorsqu'il est marié sous le régime dotal et que la femme a constitué en dot ses biens à venir, peut-il, à lui seul, faire un partage *définitif* des biens échus à sa femme?

334. — Une question s'est élevée à l'occasion du *régime dotal*. Le mari, quoiqu'il n'ait, sur les biens dotaux échus à sa femme, qu'un simple droit de *jouissance*, n'a-t-il pas néanmoins qualité pour provoquer et faire, *sans le concours de sa femme*, un partage, non pas simplement *provisionnel*, mais *définitif?*

Beaucoup de personnes résolvent affirmativement la question. Le mari, disent-elles, peut provoquer un partage *quant à la jouissance*, puisque la jouissance lui appartient. Il peut également le provoquer *quant à la propriété*, non pas en son nom personnel, car ce n'est pas lui qui est le propriétaire, mais au nom de sa femme, dont il est le mandataire à l'effet d'exercer toutes les actions, *tant réelles que personnelles, qui lui compètent* : l'art. 1549 lui accorde positivement ce pouvoir. Il est vrai que l'art. 818 dit d'une manière générale que le mari, qui n'a, sur les biens échus à sa femme, qu'un simple droit de jouissance, ne peut, à lui seul, provoquer qu'un partage provisionnel. Mais cette disposition si générale s'explique historiquement. Lorsqu'elle fut portée, le législateur ne savait pas encore si le régime dotal serait adopté : elle n'embrasse donc pas le cas où les époux sont mariés sous ce régime.

Je préfère la négative. L'art. 818 est formel : le mari qui n'a qu'un droit de jouissance sur les biens échus à sa femme ne peut, à lui seul, faire qu'un partage provisionnel.

C'est à tort qu'on affirme que le législateur n'entendait pas, en faisant l'art. 818, régler le cas où les époux sont mariés sous le régime dotal : car, en admettant qu'à cette époque on ne sût pas si ce régime serait ou non adopté comme *régime légal*, on savait au moins qu'il serait permis aux parties d'en accepter toutes les règles en les stipulant expressément.

Quant à l'argument tiré du mandat légal qu'a le mari d'exer-

(1) Il acquiert un droit de jouissance, lorsqu'il est marié, 1° sous le régime de la communauté légale, si la succession est immobilière; 2° sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, que la succession soit immobilière ou mobilière; 3° sous le régime dotal, si la dot comprend les biens à venir.

cer tous les droits de sa femme, toutes ses actions *réelles* ou *personnelles*, il est bien loin d'être concluant. Nous avons, en effet, montré que le pouvoir de représenter un héritier dans un partage ne se mesure pas sur le pouvoir qu'on a de le représenter dans d'autres opérations. Ce sont deux capacités différentes, dont l'une n'emporte pas l'autre et que le Code n'a jamais confondues. Le partage étant une opération hérissée de difficultés, touchant aux intérêts les plus graves, on conçoit fort bien que telle personne qui est capable d'exercer les actions de l'héritier ne le soit pas à l'effet de procéder au partage (voy. le n° 328). C'est ainsi que le tuteur ne peut pas, sans l'autorisation du conseil de famille, provoquer le partage d'une succession purement mobilière, bien qu'il ait pouvoir à l'effet d'exercer, sans aucune autorisation préalable, toutes les actions mobilières qui appartiennent au mineur (voy. le n° 329 *bis*). Je prends un exemple plus décisif. Les époux se sont mariés sous le régime de la communauté, mais ils sont convenus que les biens qui leur arriveront par succession leur resteront propres ; une succession mobilière échoit à la femme; le mari, comme chef de la communauté, acquiert, sur les biens dont se compose cette succession, un *simple droit de jouissance*: peut-il provoquer et faire un partage définitif? Il ne le peut pas : l'art. 818 lui refuse expressément ce pouvoir. Cependant, le mari marié sous le régime de la communauté a mandat légal à l'effet d'exercer les actions mobilières de sa femme (art. 1428)! N'est-ce pas la preuve manifeste que, selon la loi même, il ne suffit pas, pour procéder à un partage *définitif*, d'être capable à l'effet d'exercer les actions de l'héritier (1)?

Art. 819, 823, 828.

Dans quel cas le partage peut-il être fait à l'amiable?

Dans quelle forme est-il fait alors?

335.—V. *Dans quels cas le partage peut être fait à l'amiable. Dans quels cas il doit être fait en justice.* — Il peut être fait à l'amiable et dans la forme qu'il plaît aux héritiers d'adopter, lorsqu'ils sont tous *présents*, majeurs, non interdits et d'accord entre eux (articles 819, 823, C. N.; 985, C. pr.— Voy. les Form. 264 et 284). Il en est de même, encore qu'il y ait soit un héritier *non présent*, s'il a laissé un mandataire dûment autorisé, soit un héritier *absent*, si ses héritiers présomptifs ont obtenu l'envoi en possession *définitive* de ses biens.

Dans quel cas doit-il être fait en justice?

Il doit être fait en justice et selon les formes prescrites par la loi : 1° lorsqu'il existe parmi les héritiers un ou plusieurs mineurs ou interdits ; 2° lorsque parmi les héritiers il en est qui ne sont ni présents en personne, ni dûment représentés soit par un mandataire de leur choix, soit par un envoyé en possession définitive ; 3° lorsque, les héritiers étant tous présents et capables, l'un d'eux refuse de consentir au partage, ou lorsqu'il s'élève des contestations soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer.

(1) MM. Val.; Dur., t. VII, no 125, et t. XV, no 956; Rodière et Pont, *du Contr. de mar.*, t. II, n° 464; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 543; Dem., t. III, n° 116 *bis*, IV; Dutruc, *du Partage*, n° 290; Demol., t. III, n° 584.

336. — VI. *Formalités préliminaires à la demande en partage : apposition des scellés, confection d'un inventaire.* — L'apposition des scellés est une mesure conservatoire, qui a pour but d'empêcher que les objets mobiliers d'une succession ne soient détournés au préjudice des héritiers, des légataires et des créanciers. Le scellé est une bande de papier apposée, par le juge de paix ou son suppléant, sur les serrures des portes, armoires..., et fixée à ses deux extrémités par un sceau particulier (art. 907 et s., C. pr.).

Quelles sont les formalités préliminaires à la demande en partage?
Quelle est l'utilité des scellés?
Qu'est-ce qu'un scellé?

Les scellés doivent être apposés : 1° lorsqu'il existe parmi les héritiers un mineur ou un interdit *non encore pourvu d'un tuteur* (voy. la Form. 270). L'art. 819 du Code Napoléon exigeait l'apposition, lors même que l'héritier mineur était pourvu d'un tuteur ; les rédacteurs du Code de procédure ont pensé qu'il fallait éviter les frais qu'entraîne cette mesure conservatoire, lorsque la conservation des objets composant la succession se trouve déjà garantie par la responsabilité d'un tuteur spécial (art. 911, C. pr.). — 2° Lorsqu'il se trouve parmi les héritiers un absent ou un non-présent.

Dans quels cas doivent-ils être apposés?

Dans les deux cas que je viens de rapporter, l'apposition des scellés *est nécessaire :* le juge de paix doit y procéder, soit d'office, soit à la requête des héritiers ou même du procureur impérial.

Qui peut en requérir l'apposition?

Les créanciers de la succession *peuvent toujours* requérir l'apposition des scellés, *s'ils sont munis d'un titre exécutoire,* ou, à défaut de ce titre, *s'ils ont obtenu,* à cet effet, *une autorisation du président du tribunal ou du juge de paix du canton où les scellés doivent être apposés* (art. 909, C. pr.).

Art. 820 et 821.
Les créanciers de la succession le peuvent-ils?
Quelle distinction faut il faire à cet égard?

Lorsque les scellés ont été apposés, tous les créanciers, *ceux-là même qui n'ont ni titre exécutoire, ni permission du juge,* ont qualité pour s'opposer à ce qu'ils soient levés en dehors de leur présence (voy. la Form. 271). On comprend la raison de cette différence : l'opposition à la levée des scellés *déjà apposés* ne fait aucun préjudice aux héritiers, puisqu'elle laisse les choses dans l'état où elles sont ; l'apposition des scellés est, au contraire, un obstacle, au moins temporaire, à l'exercice immédiat du droit des héritiers. La loi a donc dû se montrer moins exigeante dans le premier cas que dans le second.

Pourquoi la loi ne fait-elle point la même distinction, quant au droit de s'opposer à la levée des scellés?

La levée des scellés doit être faite en présence des parties intéressées ou des créanciers opposants (voy. la Form. 272). On procède ensuite à l'inventaire des biens, conformément aux art. 928 et suiv., 941 et suiv., du Code de procédure (voy. la Form. 273).

337. — VII. *De la compétence du tribunal en matière de partage et de la procédure de la demande.* — La demande en partage et toutes les contestations qui s'élèvent pendant le cours des opérations auxquelles elle donne lieu doivent naturellement être portées devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire devant celui du domicile du défunt (art. 110, C. N.). C'est là, en effet, que se trouvent, le plus souvent, tous les biens du défunt, ainsi que les papiers si nécessaires à consulter pour

Art. 822.
Devant quel tribunal sont portées les demandes en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations?

connaître l'état de la succession ; c'est là que le *de cujus* est le plus connu, là, par conséquent, que le juge découvrira plus facilement les documents qui sont propres à l'éclairer ; c'est là, enfin, que tous les héritiers se réunissent, à la nouvelle du décès de leur parent.

La compétence de ce tribunal s'éteint-elle complétement par le partage?

La compétence de ce tribunal survit même au partage : car elle embrasse certaines contestations qui s'élèvent après sa consommation. Je veux parler : 1° *des demandes en rescision de partage*, et 2° *des demandes relatives à la garantie des lots*. La connaissance qu'a le tribunal de l'ouverture de la succession, des opérations qui ont préparé et consommé le partage, le met bien mieux à même que tout autre tribunal de savoir si les prétentions des héritiers qui réclament sont ou non légitimes.

L'art. 59, C. pr., déroge-t-il à l'art. 822, C. N. ?

338. — Aux termes de l'art. 59 du Code de procédure, le tribunal de l'ouverture de la succession est compétent *jusqu'au partage inclusivement ;* sa compétence cesse dès que le partage est terminé. Les demandes en rescision de partage ou en garantie des lots sont *postérieures au partage*. Il semble donc que ces demandes, qui, d'après le Code Napoléon, doivent être portées devant le tribunal de l'ouverture de la succession, doivent l'être, d'après le Code de procédure, devant le tribunal du domicile du défendeur. Il n'en est pas ainsi cependant : la disposition de l'art. 59 du Code de procédure ne contredit pas celle de l'art. 822 du Code Napoléon. Que dit en effet l'art. 59 ? Que le tribunal de l'ouverture de la succession est compétent *jusqu'au partage inclusivement*. Or, la demande *en rescision* n'est, au fond, qu'une demande *en partage* : car, comme elle tend à l'anéantissement de celui qui a été fait, et, par suite, à reconstituer l'indivision, elle aboutit nécessairement à un nouveau partage. L'action *en garantie* n'est elle-même qu'une action en continuation de partage : l'héritier qui la forme prétendant que les lots n'ont pas été bien faits, sa prétention tend en définitive à obtenir un partage plus régulier que le premier.

Comment est introduite la demande en partage?

339. — La demande en partage est introduite, en la forme ordinaire, par la partie la plus diligente, qui doit faire viser son exploit par le greffier du tribunal. Entre plusieurs demandeurs, la poursuite appartient à celui qui a le premier obtenu ce visa (art. 966 et suiv., C. pr.).

Art. 823.

Que fait le tribunal lorsqu'il s'élève des contestations sur le mode de procéder au partage ou sur la manière de le terminer?

Quid, si ces contestations sont relatives à des questions de rapport, de prélèvement de legs ?

Le tribunal statue comme en matière sommaire (art. 404 et suiv., C. pr.) sur les contestations concernant soit le mode de procéder au partage, soit la manière de le terminer. Les difficultés étrangères au mode de partage ou à la manière de le terminer, telles que les contestations relatives à des questions de rapports ou de prélèvements de legs, doivent être jugées en la forme ordinaire : car ces débats se résument en de véritables pétitions d'hérédité (1).

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 155 *bis;* Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 255; Demol., t. III, n° 637.

340. — Le tribunal peut nommer, *s'il y a lieu* (en pratique il le fait toujours), un juge-commissaire, sur le rapport duquel il règle les contestations qui s'élèvent entre les parties. Il peut également désigner un notaire, devant lequel se passeront les opérations préparatoires du partage (art. 969, C. pr.) (voy. les Form. 255 et 256).

Le tribunal ne peut-il point nommer un juge-commissaire?
Quelle est la mission de ce juge-commissaire?

Art. 824.

341. — VIII. *Opérations qui préparent le partage.* — 1° *Estimation des immeubles par des experts.* — Cette estimation est ordonnée par le jugement même qui fait droit à la demande en partage. Elle est faite par un ou trois experts (art. 971, C. pr.), *choisis par les parties* intéressées, ou, sur leur refus, nommés d'office (art. 824, C. N.) (voy. les Form. 255 à 262).

Quelles opérations préparent le partage?
Les immeubles ne doivent-ils pas être estimés?
Par qui le sont-ils?
Quand les experts *doivent*-ils être nommés d'office?
Quand peuvent-ils l'être par les parties?

Aux termes de l'art. 466 du Code Napoléon, les experts *doivent* être nommés *d'office* quand il existe un mineur parmi les héritiers. Faut-il en conclure que la disposition de l'art. 824, qui autorise les *parties* à nommer elles-mêmes les experts, n'est applicable qu'au cas où tous les héritiers sont capables? On l'a prétendu. Nous croyons, au contraire, que l'art. 824 prévoit tous les cas, ainsi que cela résulte de sa combinaison avec l'art. 840 : sa disposition modifie donc, en ce qui touche la nomination des experts, celle de l'art. 466.

342. — « Le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation. » Ainsi, il ne suffit pas que les experts disent que tel immeuble vaut telle somme; ils doivent, en outre, faire connaître les motifs qui les ont déterminés à l'estimer au chiffre indiqué.

Les experts se bornent-ils à déterminer le chiffre de la valeur des immeubles?
Que doivent-ils faire de plus?

« Ils doivent également indiquer si l'objet estimé peut être commodément partagé, de quelle manière il peut l'être, et fixer, en cas de division, chacune des parties qu'on peut en former, ainsi que leur valeur. » Ces indications ont pour objet de fournir les éléments qui seront plus tard nécessaires pour procéder à une juste composition des lots (voy. la Form. 285).

Suivant l'art. 466, les experts doivent eux-mêmes procéder à la composition des lots, lorsqu'il existe un mineur parmi les héritiers. Suivant l'art. 824, qui pourtant est général, les experts doivent seulement estimer les immeubles, indiquer les bases de leur estimation, et dresser un plan de partage. Une antinomie existait donc entre ces deux dispositions. Elle a été levée par les rédacteurs du Code de procédure : l'art. 466 du Code Napoléon n'est applicable qu'en un seul cas, qui se présentera fort rarement, celui où la masse à partager est uniquement composée d'immeubles sur lesquels les droits des parties sont déjà liquidés (art. 975 et 976, C. pr.).

Doivent-ils composer les lots?
N'existe-t-il point un cas où ils le doivent?

J'ajoute que l'estimation des immeubles, qui, sous l'empire du Code Napoléon et de l'ancien Code de procédure, *devait toujours* être ordonnée par le tribunal, lorsqu'il existait des mineurs ou des non-présents parmi les héritiers, a été rendue *facultative* par l'art. 970 de la dernière édition du Code de procédure.

Le tribunal est-il *obligé* d'ordonner l'estimation des immeubles?

Art. 827.

343. — 2° *Licitation des immeubles.* — *Cas dans lesquels elle a lieu.* — *Sa définition.* — Les immeubles doivent, en principe, être parta-

Les immeubles, se

partagent-ils en nature ?

gés en nature. Cependant le tribunal en ordonne la licitation, c'est-à-dire la vente aux enchères publiques, lorsqu'il a été établi, par le procès-verbal des experts, qu'ils ne sont pas *commodément partageables*.

Dans certains cas, le tribunal n'ordonne-t-il point qu'ils soient transformés en argent par la voie de la licitation ?

Quels sont ces cas ? La licitation est-elle nécessaire dans tous les cas où les immeubles ne sont point *commodément* partageables ?

Non commodément partageables... Ainsi, pour que le partage en nature ait lieu, il ne suffit pas que les immeubles soient, par leur nature, susceptibles d'être fractionnés sans *détérioration ;* il faut encore qu'ils puissent l'être sans *dépréciation*.

Bien qu'aucun des immeubles ne soit *commodément* partageable, la licitation n'a pas lieu lorsque la nature et la valeur des immeubles sont telles qu'il est facile de faire des parts à peu de chose près égales, en mettant un immeuble dans chaque lot (art. 974, C. pr.). On les partage alors en nature, et le lot dans lequel se trouve l'immeuble qui vaut le moins reçoit une portion plus forte du mobilier ou une portion moins forte des dettes : l'inégalité se trouve ainsi effacée. Elle peut être aussi compensée par des soultes ou retours de lots (art. 832 et 833).

Ne peut-il pas se faire qu'elle soit nécessaire, bien que les immeubles soient facilement partageables ?

A l'inverse, il se peut que chacun des immeubles soit *facilement partageable,* et que cependant il y ait lieu à licitation. Ce cas se présente lorsqu'il existe dans un partage *fait à l'amiable* un immeuble qu'aucun des héritiers ne veut ou ne peut prendre (art. 1686) : les parties, *étant maîtresses de leurs droits*, peuvent convenir que l'immeuble qu'aucune d'elles ne veut ou ne peut prendre en nature sera transformé en argent par la voie de la licitation.

Qu'est-ce donc que la *licitation* ?

La licitation peut donc être définie : la vente aux enchères publiques d'un immeuble indivis qui n'est pas commodément partageable, ou qu'aucun des copartageants, *quand le partage se fait à l'amiable*, ne veut ou ne peut prendre.

Art. 839.

Dans quelles formes y procède-t-on ?

344. — *Dans quelles formes on y procède.* Si les héritiers sont tous maîtres de leurs droits, ils peuvent convenir qu'elle sera faite devant un notaire, sur le choix duquel ils s'accordent. S'il existe un incapable parmi eux, la licitation doit être faite devant le tribunal. Toutefois le tribunal peut, même dans cette hypothèse, ordonner que la licitation aura lieu devant un notaire commis par lui à cet effet, et sous la surveillance de l'un de ses membres (art. 459, C. N., arg. d'anal.; art. 970, C. pr.).

Les étrangers sont-ils admis à se porter adjudicataires des immeubles licités ? Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

Lorsqu'ils sont maîtres de leurs droits, les héritiers peuvent dire qu'eux seuls se porteront adjudicataires de l'immeuble, que les étrangers ne seront pas admis aux enchères. Mais il suffit que l'un des copartageants exige leur admission pour qu'elle ait lieu (art. 1687). Leur présence est pour lui, lorsqu'il n'est pas assez riche pour lutter contre les autres, une garantie que les enchères seront sérieuses, que l'immeuble sera vendu au plus haut prix possible.

Lorsqu'il existe des incapables parmi les héritiers, les étrangers *doivent* être appelés (art. 1687. — Voy. les Form. 275 à 278).

Art. 825.

Les meubles ne doi-

3° *Estimation et vente des meubles.* — L'estimation des meu-

bles, lorsqu'elle n'a pas été faite dans un inventaire régulier, doit être faite par des gens à ce connaissant, ordinairement par un commissaire-priseur, à juste prix et *sans crue* (1). Cette estimation est utile : elle fixe la valeur qu'on doit donner aux objets mobiliers dans la composition des lots.

vent-ils point être estimés?
Par qui et comment doivent-ils l'être?

Art. 826.

345. — Chacun des cohéritiers peut, en principe, demander sa part en nature des meubles. Néanmoins la loi veut qu'ils soient vendus, dans deux cas particuliers :

Chaque héritier n'a-t-il pas le droit de demander sa part en nature des meubles?
Ce principe ne souffre-t-il point des exceptions?

1° *Lorsqu'il existe des créanciers saisissants ou opposants.* — On suppose que des créanciers du défunt ont fait saisir des meubles ou des immeubles de la succession, ou qu'ils ont pratiqué des saisies-arrêts ou oppositions. En présence de ces poursuites, la loi autorise chaque héritier à demander que les meubles soient vendus, afin d'employer le prix qui en proviendra à désintéresser les créanciers. Cela procurera un double avantage : la conservation des immeubles qui ont été saisis, et, dans tous les cas, une grande économie dans les frais.

2° *Lorsque la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession.* — Mais pourquoi celui qui demande sa part en nature n'est-il pas écouté? Quel intérêt ses cohéritiers ont-ils à la transformation des biens en argent, lorsqu'aucune saisie n'est pratiquée à la requête des créanciers? On répond qu'ils y ont intérêt, dans le cas où *des saisies sont imminentes*. Il leur importe alors de se procurer l'argent dont ils ont besoin pour prévenir des poursuites qui occasionneraient des frais et dont l'existence serait un obstacle à la célérité des opérations de partage.

En un mot, les meubles doivent être vendus, publiquement et en la forme ordinaire (art. 945, C. pr. — Voy. la Form. 274), *quand il y a nécessité*. Cette nécessité se manifeste de deux manières : 1° par l'existence de saisies ou oppositions; 2° par la décision de la majorité des héritiers qui désirent prévenir des saisies imminentes.

Comment se compte la *majorité* dont est parlé dans l'article 826?

La majorité dont il est ici question se compte, non pas eu égard au nombre des héritiers et à l'importance de leurs parts, mais par têtes seulement. Il est vrai qu'en matière de concordat la loi commerciale exige une majorité mixte, composée de manière à représenter la majorité des têtes et la majorité des créances (article 507, C. de comm.); mais cette majorité est exceptionnelle et se justifie par des considérations qui ne se rencontrent pas dans notre espèce. Le concordat ayant pour effet de dépouiller chacun des créanciers d'une portion de sa créance, on conçoit que la loi

(1) Un Édit de Henri II (février 1566) ayant décidé que, si les meubles n'étaient pas vendus au prix d'estimation, les experts seraient tenus de les prendre au prix fixé par eux, ceux-ci avaient toujours soin de les estimer au-dessous de leur valeur. De là vint l'usage d'ajouter au chiffre de l'estimation un supplément de prix, appelé *crue*. Les experts n'étant plus garants de leur estimation, l'usage de la crue se trouve aboli.

ait exigé, outre la majorité des têtes, la majorité des intérêts, afin que les petits créanciers, qui sont toujours fort nombreux, n'aient pas le droit de dépouiller les créanciers, toujours en plus petit nombre, à qui il est dû de grosses sommes. Dans notre espèce, la décision à prendre n'a pas l'importance du concordat ; elle porte uniquement sur une question de détail ; elle ne fait rien perdre à personne, puisqu'elle a simplement pour effet de remplacer une part en nature par une quittance de libération. Enfin, ce qui est décisif, c'est qu'entre associés les décisions sont prises à la majorité des têtes seulement (1).

Dans le cas où la vente est nécessaire, l'héritier qui demande sa part en nature des meubles n'a-t-il pas un moyen de l'obtenir?

346. — Remarquons que, dans le cas où la vente des meubles est nécessaire, l'héritier qui désire avoir sa part en nature doit être écouté dans sa demande, s'il offre de payer, avec son propre argent, sa part dans les dettes : ce n'est pas à lui, en effet, à souffrir des saisies pratiquées, ou qui sont imminentes, puisqu'il offre de les faire cesser ou de les prévenir (2).

Art. 828, 829, 830 et 831.

347. — 4° *Renvoi des parties devant un notaire et formation de la masse à partager. — Liquidation.* — Lorsque les immeubles et les meubles ont été estimés et vendus, dans le cas où la vente a été jugée nécessaire, si les droits des parties ne sont pas liquidés, ou si le tribunal a ordonné le partage sans expertise préalable, le poursuivant fait sommer ses copartageants de comparaître, au jour indiqué, devant le notaire commis (3), pour procéder à la formation de la masse partageable et aux opérations du partage (art. 828, C. N. ; 976, C. pr.).

Qu'y a-t-il à faire après que les meubles et les immeubles ont été estimés et vendus, dans le cas où la vente a été jugée nécessaire?

Que fait-on devant le notaire chargé de liquider les droits des parties?

Ce notaire est chargé de liquider les droits des copartageants et de déterminer la masse partageable. Si l'un des héritiers a fait des dépenses utiles ou nécessaires, ses cohéritiers lui en doivent compte ; s'il a, en administrant les biens communs, perçu des fruits, ou s'il a, par sa faute, causé quelque dommage, c'est lui qui leur doit compte des fruits qu'il a perçus ou du dommage qu'il a causé. L'un d'eux a-t-il reçu des libéralités du défunt, était-il son débiteur : il doit *rapporter* à la succession la libéralité qui lui a été faite ou la somme dont il était débiteur envers le défunt (art. 843 et suiv., C. N.). L'un d'eux a-t-il reçu un legs *par préciput* : il prélève les objets ou les sommes qui lui ont été léguées.

Quels biens composent la masse partageable?

Ces comptes, rapports et prélèvements, déterminent la masse à partager. Elle se compose donc, d'une part, des biens laissés par le défunt, ou du prix en provenant s'ils ont été vendus ; d'autre part, des biens rapportés. Si le *de cujus* n'en a laissé aucun, elle se compose uniquement des biens rapportés (voy. les Form. 279 et 283).

(1) Dem., t. III, n° 159 *bis* ; MM. Val.; Demol., t. III, n° 650.

(2) Marc., art. 826 ; Dutruc, n° 198. — *Contrà*, Dem., t. III, n° 159 *bis* ; M. Demol., t. III, n° 658.

(3) Il est nommé d'office lorsque les parties ne s'accordent pas sur le choix.

348. — 5° *Composition des lots.* — Lorsque les droits des parties sont liquidés et que la masse à partager est déterminée, on procède à la composition des lots (voy. la Form. 268).

349. — *Combien il doit en être fait.* Les héritiers ont-ils des droits égaux, c'est-à-dire succèdent-ils par tête : on fait autant de lots qu'il y a d'héritiers. Succèdent-ils par souche : autant de lots qu'il y a de souches ; le lot que le sort attribue à chacune d'elles se subdivise ensuite en autant de lots qu'elle comprend de têtes. Sont-ils de lignes différentes : deux lots doivent être faits, qui se subdivisent ensuite dans chaque ligne en autant de lots qu'elle comprend de têtes. Que si les père et mère concourent avec les frères et sœurs ou descendants d'eux, on fait encore deux lots : le lot attribué aux père et mère se subdivise en deux lots égaux ; le lot attribué aux frères et sœurs ou descendants d'eux, en autant de lots égaux qu'il y a de têtes ou de souches. Enfin, si le père ou la mère seulement concourt avec des frères et sœurs, le père ou la mère ayant droit à un quart de la succession, on doit faire quatre lots égaux, afin qu'on puisse tirer au sort celui du père ou de la mère ; les trois autres lots sont ensuite subdivisés en autant de lots qu'il y a de têtes ou de souches dans l'ordre des frères et sœurs (art. 831 et 836, C. N.).

Art. 831 et 836.

Combien faut-il faire de lots?

Quid, si les héritiers ont des droits égaux?

Quid, s'ils succèdent par souche?

Quid, s'ils sont de lignes différentes?

Quid, quand le père et la mère concourent avec des frères et sœurs?

Quid, lorsque le père ou la mère seulement concourt avec des frères et sœurs?

350. — *Comment les lots doivent être faits.* Ils doivent être égaux, non-seulement quant à la *valeur*, mais encore quant à la *nature* des biens qu'ils comprennent. Il convient, dit l'art. 832, d'y faire entrer, *s'il se peut*, la *même* quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. Ainsi, ce serait mal procéder que de mettre des immeubles seulement dans un lot et des meubles seulement dans l'autre.

Art. 832.

Comment les lots doivent-ils être faits?

Toutefois la loi veut qu'on évite autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations. Ce morcellement serait contraire à l'intérêt général : car l'expérience a montré que les frais de culture sont d'autant plus élevés, et, par suite, les produits d'autant plus chers, que la culture des terres est plus fractionnée.

Il n'est pas toujours possible d'observer une égalité absolue dans la composition des lots. L'inégalité se compense alors par un retour en argent. Soient deux lots, l'un de 30,000 fr., l'autre de 28, 000 fr. : le lot de 30,000 fr. est chargé de l'obligation d'en payer 1,000 à l'autre. On les tire au sort, et l'héritier qui reçoit le lot de 30,000 fr. se trouve constitué débiteur de 1,000 fr. envers celui qui a le lot de 28,000 fr. Cette obligation est connue sous le nom de *retour de lot* ou *soulte de partage* (article 2103, 3°).

Art. 833.

Comment se compense l'inégalité des lots?

L'inégalité peut aussi être compensée en mettant à la charge des plus gros lots une portion plus forte des dettes à payer (voy. le n° 343).

— Chaque copartageant peut élever des réclamations contre la formation des lots. Ces réclamations sont portées devant le juge-commissaire, qui en réfère au tribunal s'il ne peut concilier les

Art. 835.

Chaque copartageant n'a-t-il pas le

droit de critiquer les lots ?

parties. Le tribunal statue sommairement et ordonne, s'il y a lieu, les modifications demandées.

Art. 834.

Par qui doivent-ils être faits ?

351. — *Par qui les lots doivent être faits.* Lorsque toutes les parties sont présentes et capables, les lots sont faits par celui des héritiers qu'elles désignent. Si elles ne sont pas d'accord sur le choix à faire, ou si l'héritier désigné refuse le mandat qui lui est offert, le notaire renvoie les parties devant le juge-commissaire, qui nomme un expert par qui les lots sont faits.

S'il existe parmi les copartageants un héritier non présent ou incapable, les lots ne peuvent être faits que par un expert commis par le juge-commissaire (art. 978, C. pr.).

Comment se fait l'attribution des lots ?

352. — IX. *Homologation du partage, attribution des lots.* — Après que les lots ont été fixés et que les contestations sur leur formation, s'il y en a eu, ont été jugées, le poursuivant doit obtenir un jugement qui homologue le partage, c'est-à-dire qui approuve toutes les opérations qui ont été faites (art. 981 et 982, C. pr.). Ce jugement ordonne, en même temps, que les lots seront tirés au sort devant le juge-commissaire, ou devant le notaire (voy. les Form. 265 à 267 et 269). Ainsi, l'attribution des lots se fait par le tirage au sort: c'est une garantie de parfaite égalité entre les héritiers. Le tribunal ne peut donc pas attribuer tel lot à tel héritier et tel lot à tel autre.

Cependant, si tous les copartageants sont présents et maîtres de leurs droits, rien ne s'oppose à ce qu'ils fassent eux-mêmes choix du lot qui convient à chacun.

Ils peuvent même convenir que l'attribution des lots sera faite par un arbitre qu'ils désignent à cet effet.

Art. 842.

Entre les mains de qui sont remis les titres relatifs aux biens partagés ?

— Après le partage, remise est faite, à chacun des copartageants, des titres particuliers aux objets compris dans son lot. Si un domaine, un corps de biens, est divisé, les titres restent aux mains de celui qui en a la plus grande partie, à la charge, quand il en est requis, d'aider ses copartageants qui y ont intérêt.

Les titres communs à toute l'hérédité sont remis à l'un des héritiers, choisi par les parties, ou, si elles ne sont pas d'accord, nommé par le tribunal. Il doit les communiquer à ses copartageants, quand ils le demandent.

Art. 840.

Quelle est la nature d'un partage *fait à l'amiable* par un tuteur ou par un mineur émancipé ?

353. — X. *Des partages faits par des incapables, représentés ou assistés, mais sans les formes prescrites par la loi. — Des partages faits par des incapables eux-mêmes.* — Ces partages sont *provisionnels*, *nuls* ou *annulables*. Un tuteur, un mineur émancipé, fait un partage *amiable* : quelle en est la nature? Je distingue. Si les parties n'ont voulu que faire un partage provisionnel ou *de jouissance*, ce partage est régulier, même à l'égard de l'incapable ; il est valable. En effet, le tuteur, ou le mineur émancipé, étant capable de faire des actes d'administration, et, par exemple, de faire des aliénations de fruits, est par cela même capable de faire un partage qui n'intéresse que les fruits, la jouissance des biens, un partage provisionnel, en un mot. Ce partage lie donc toutes

les parties. Mais chacune d'elles est maîtresse, quand l'héritier incapable a cessé de l'être, de provoquer un partage définitif.

Le tuteur, ou le mineur émancipé, fait un partage *amiable*, avec l'intention de faire, non pas simplement un partage *provisionnel*, mais un partage *définitif*, un partage de propriété : cette convention n'est pas valable. Le tuteur et le mineur émancipé ne peuvent, en effet, consentir valablement des actes de propriétaire qu'à la condition d'observer les formalités prescrites par la loi. Cette convention vaut néanmoins comme partage *provisionnel* : car ceux qui entendent partager définitivement consentent par là même à faire un partage de jouissance. Ainsi, chaque héritier conservera les fruits qu'il percevra séparément. Quant à la propriété, le partage est frappé de nullité.

Mais cette nullité est *relative*, établie dans l'intérêt seulement de l'incapable. L'incapable a le droit de provoquer un nouveau partage, tant que ses cohéritiers n'ont point prescrit la propriété des biens mis dans leur lot. Ceux-ci, au contraire, ne peuvent pas demander la nullité du partage. Ce n'est pas dans leur intérêt que la loi a organisé un système de formes protectrices : dès lors ils ne peuvent pas argumenter de la violation de ces formes. Ainsi, le mineur peut, à son choix, lorsqu'il est devenu capable, ratifier le partage et le tenir pour définitif, ou le faire annuler et en provoquer un nouveau. — Toutefois il est bien entendu que chacun de ses cohéritiers a le droit de le mettre en demeure, par une sommation, de prendre un parti dans un certain délai que fixera le tribunal (voy. le no 327, *in fine*).

Quid, si le partage est fait par un mineur non émancipé ou par un interdit ?

Enfin, si le partage est fait soit par un mineur non émancipé, soit par un interdit, la convention est annulable, non-seulement quant à la propriété, mais encore quant à la jouissance. Ainsi, les fruits perçus par chacun des héritiers séparément devront être rétablis dans la masse indivise, si l'héritier incapable demande la nullité du partage.

Art. 841.

Qu'est-ce que le *retrait successoral* ?

Sur quels motifs est-il fondé ?

354. — XI. *Du retrait successoral, c'est-à-dire du droit qu'a chaque successible d'écarter du partage, en les rendant indemnes, ceux qui n'ont d'autre titre pour y prendre part que la qualité de cessionnaires des droits de l'un des copartageants. — Motifs qui ont fait introduire cette faculté.* — Lorsque l'un des successibles cède son droit à un étranger, celui-ci acquiert, du chef de son cédant, la faculté d'exercer l'action en partage et de s'immiscer dans toutes les opérations qui le préparent ou le consomment. La présence de cet étranger aux opérations du partage présente un double danger :

1° Le partage est, par sa nature, une opération hérissée de difficultés et féconde en procès, quand ceux qui y prennent part, loin d'y apporter cet esprit de conciliation qu'inspirent ordinairement les rapports de famille, ne s'y présentent que dans un esprit de lucre. Or, les individus qui achètent des droits de succes-

sion ont un but bien connu, celui de retirer de leur marché le plus grand profit possible : *ils spéculent*.

2° En assistant aux opérations du partage, le cessionnaire qui a le droit de tout étudier, de compulser tous les titres, peut être initié à certains faits qui ont intéressé l'honneur ou le crédit du défunt. Or, il importe aux familles qu'un spéculateur ne soit pas admis à pénétrer leurs secrets.

Ainsi, en autorisant tout successible à écarter du partage le cessionnaire des droits de l'un des héritiers, la loi a eu pour but: 1° de prévenir les difficultés et les dissensions que la présence d'un étranger au partage peut faire naître; 2° d'empêcher qu'un spéculateur ne soit initié aux secrets de la famille.

Quels sont les cessionnaires qui peuvent être écartés?

355. — *Quels sont les cessionnaires qui peuvent être écartés.* Peuvent être écartés tous ceux qui ne « *sont pas successibles du défunt, fussent-ils ses parents;* » en d'autres termes, *tous ceux qui n'ont d'autre titre pour se présenter au partage que leur qualité de cessionnaires des droits de l'un des copartageants.*

Qui ne peuvent pas l'être?

Ne peuvent pas l'être les cessionnaires qui ont droit d'y figurer de leur chef, en une qualité qui leur est propre et personnelle. Que servirait, en effet, de les exclure comme cessionnaires, puisqu'ils peuvent y prendre part à un autre titre? Le spéculateur serait écarté, comme tel; mais resterait toujours l'homme trompé dans ses calculs, et celui-là n'apporterait certes pas l'esprit de conciliation qui est si nécessaire en cette matière.

356. — Du principe qu'un individu, *même parent du défunt*, peut être écarté, quand il ne puise son droit au partage que dans la cession qui l'a mis au lieu et place de l'un des copartageants, il suit que le droit de retrait peut être exercé lorsque le cessionnaire est: 1° un homme étranger au *de cujus;* 2° le parent le plus proche, après ceux qui sont appelés ; 3° un successible qui a renoncé à la succession : ce successible n'a, en effet, d'autre droit au partage que sa qualité de cessionnaire; ce n'est plus un *successible du défunt*, c'est un spéculateur!

357. — Du principe que celui-là ne peut pas être écarté qui a, en outre de sa qualité de cessionnaire, un droit propre et personnel pour figurer au partage, c'est-à-dire qui est *successible du défunt*, il suit que le retrait est impossible lorsque le cessionnaire est: 1° le cohéritier du cédant; 2° un enfant naturel du défunt, en concours avec ses parents légitimes; 3° un légataire ou donataire universel, en concours avec des héritiers à réserve ; 4° un légataire ou donataire à titre universel, en concours avec des héritiers *ab intestat*. Dans ces quatre hypothèses, en effet, la cession est faite à un *successible du défunt*. Ces mots, *successible du défunt*, ont un sens général : ils s'appliquent à toute personne appelée à prendre une portion des biens laissés par le défunt, aux successeurs irréguliers comme aux héritiers légitimes, aux héritiers testamentaires comme aux héritiers *ab intestat*. Ainsi, le cessionnaire ne

peut pas être écarté lorsqu'il est, *à quelque titre que ce soit*, le successible du défunt.

Les règles qui viennent d'être exposées vont nous servir à résoudre plusieurs questions.

Un successible du défunt vend sa part à un légataire particulier : le retrait peut-il être exercé?

358. — 1° *Un successible du défunt a vendu sa part* A UN LÉGATAIRE PARTICULIER. — Le retrait est possible : car, dans l'espèce, le cessionnaire n'a d'autre titre pour se présenter au partage que sa qualité de cessionnaire des droits de l'un des copartageants. Comme légataire particulier, il peut former sa demande en délivrance de son legs contre les successibles du défunt ; mais, n'étant point dans l'indivision avec eux, il n'a pas qualité pour figurer et prendre part aux opérations du partage (1).

Peut-il l'être lorsque l'un des successibles de telle ligne ou de telle souche vend sa part à l'un des successibles de l'autre ligne ou de l'autre souche?

359. — 2° *La succession étant dévolue à des parents paternels et à des parents maternels, la part afférente à chaque ligne a été déterminée par un premier partage; l'un des successibles de la ligne* PATERNELLE *vend sa part à l'un des successibles de la ligne* MATERNELLE, *ou réciproquement.* — Le retrait peut avoir lieu : car, quoique le cessionnaire soit, dans l'espèce, un *successible du défunt*, il n'a pas, en cette qualité, un droit propre et personnel de prendre part au second partage à intervenir entre les cohéritiers de la ligne dont il ne fait pas partie : on peut dire qu'il n'est pas, dans cette ligne, le successible du défunt (2).

360. — 3° *La succession étant dévolue à des héritiers appelés par représentation, un premier partage a déterminé la part afférente à chaque souche, et l'un des héritiers a vendu sa part à l'un des successibles de la souche dont il ne fait point partie.* — L'espèce est la même que la précédente : je la résous de la même manière.

Quid, si l'un des successibles n'a vendu qu'une portion de sa part?

361. — 4° *L'un des successibles cède, non pas sa part, mais une portion, un tiers, un quart, de sa part.* — Le cessionnaire peut être écarté : car qu'importe la portion pour laquelle il se présente au partage? il s'y présente comme cessionnaire, c'est un spéculateur!

Quid, s'il a vendu un objet particulier de la succession?

362. — 5° *L'un des successibles vend, non pas sa part, non pas une fraction de sa part, mais un objet spécial et déterminé de la succession.* — L'acheteur de ce bien peut-il être écarté? La solution de cette question dépend de la solution de celle-ci : L'acheteur d'un bien indivis aliéné par l'un des héritiers peut-il, en sa qualité d'acheteur, intervenir au partage? Or, l'affirmative n'est point douteuse! La validité de la vente qui lui a été consentie dépend du résultat du partage : si l'objet aliéné tombe dans le lot de l'héritier aliénateur, l'aliénation sera valable; elle ne le sera pas dans le cas contraire (art. 883). Cette alternative donne évidemment à l'acheteur le droit d'intervenir au partage, afin d'empêcher que les copartageants ne s'arrangent de manière à lui enle-

(1) MM. Val.; Demol., t. IV, no 30.

(2) MM. Dur., t. VII, no 199; Val.; Dem., t. III, no 171 *bis*, II; Demol., t. IV, n° 34. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 326.

ver la chance de voir la vente qui lui a été consentie se consolider par l'attribution de l'objet dont il est propriétaire conditionnel à l'héritier qui le lui a vendu. Il peut figurer au partage : donc il peut être écarté; ce n'est que par l'effet d'une cession, d'une *spéculation*, qu'il a acquis le droit d'y figurer (1).

Parmi les auteurs qui acceptent cette doctrine, quelques-uns pensent que, s'il ne se présente pas au partage, s'il déclare qu'il se soumet à toutes les opérations qui seront faites pas les intéressés, le retrait n'est plus possible : car les copartageants n'ont alors aucun intérêt légitime à l'annulation d'un marché qui ne leur fait aucun préjudice. — Ce tempérament est inadmissible. Les cessionnaires soumis au retrait peuvent, en effet, être écartés, soit qu'ils se présentent au partage, soit qu'ils ne s'y présentent point. La loi ne distingue pas.

Quel est l'effet du retrait? Qui peut l'exercer?

363. — *De l'effet du retrait, et des personnes qui peuvent l'exercer.* — L'effet du retrait est de *subroger le retrayant au lieu et place du cessionnaire*. Le retrayant prend le marché pour lui : les choses se passent donc comme si le retrayant avait lui-même traité directement avec le successible qui a vendu sa part, en un mot, comme s'il était cessionnaire direct (2). D'où il suit que celui-là peut exercer le retrait, et celui-là seulement, qui ne pourrait pas être écarté s'il était lui-même cessionnaire direct, c'est-à-dire s'il avait acheté la part du cédant. Ainsi, tout *successible* du défunt peut se substituer au lieu et place du cessionnaire non successible. Il est vrai que l'art. 841 n'accorde textuellement ce droit qu'au *cohéritier* du cédant; mais ce mot *cohéritier*, pris ici dans son sens général, s'entend de toute personne qui a un droit propre et personnel pour figurer au partage.

Lorsque le retrait a été exercé par l'un des successibles seulement, ce successible est-il obligé de communiquer aux autres le profit qu'il en a retiré?

— Le cessionnaire peut être écarté, soit par tous les cosuccessibles du cédant, auquel cas la part de ce dernier profite à tous, soit par l'un d'eux seulement. Dans cette dernière hypothèse, le retrayant est-il tenu, si ses cosuccessibles le demandent, de leur communiquer le bénéfice qu'il retire du retrait? Soit une succession, dont l'actif est de 30,000 fr., dévolue par égales portions à *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. *Primus* vend sa part moyennant 8,000 fr., et *Secundus* écarte le cessionnaire en lui remboursant le prix de cession. *Secundus*, subrogé au cessionnaire, a donc acquis, moyennant 8,000 fr., la part du cédant qui en vaut 10,000 : c'est une somme de 2,000 fr. qu'il gagne. *Tertius* peut-il lui dire : «Vous avez déboursé 8,000 fr. pour exercer le retrait. Ce n'est pas pour vous seul, dans votre intérêt exclusif, que vous avez fait cette dépense; vous l'avez faite dans un intérêt de famille, dans l'intérêt de tous. Je veux bien en supporter ma part :

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 171 *bis*, I; Duv.; Marc., sur l'art. 841. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 323; Demol., t. IV, n° 83.

(2) Voy., quant à la nature et aux effets du retrait successoral, M. Demolombe (*Succ.*, t. IV, n°s 138 et suiv.), et dans la *Revue pratique* (t. IX, p. 241 et suiv.), la dissertation que j'ai publiée sur le même sujet.

voici 4,000 fr. que je suis prêt à vous payer; mais associez-moi au profit que cette dépense a procuré. J'avais qualité comme vous pour exercer le retrait et pour en bénéficier. Vous vous êtes présenté le premier; mais le bénéfice que vous avez fait et auquel j'avais droit comme vous, ne saurait être le prix de la course» ?

Cette prétention n'est pas juste. La faculté d'écarter le cessionnaire peut, aux termes formels de l'art. 841, être exercée *soit par tous les héritiers, soit par un seul.* Qu'elle le soit par tous, ou qu'elle le soit par un seul, le résultat est toujours le même : les retrayants ou le retrayant sont subrogés au cessionnaire. Tant mieux pour le retrayant si le retrait lui profite, tant pis s'il lui fait préjudice. De même qu'il ne peut pas l'invoquer contre ses cohéritiers à l'effet de se faire indemniser par eux quand il lui est nuisible, de même ils ne peuvent pas l'invoquer contre lui pour en profiter quand il en a bénéficié. Ce n'est pas, d'ailleurs, pour procurer un bénéfice aux cohéritiers du cédant que le retrait a été organisé; la loi n'a eu d'autre but que de maintenir la paix dans les familles en écartant les spéculateurs des partages de successions. J'ajoute que, si le retrayant, au lieu d'exercer le retrait, eût acheté directement la part du cédant, lui seul eût bénéficié du marché; or, l'exercice du droit de retrait ou l'achat par un successible de la part de son cosuccessible sont deux opérations de même nature quant à leur résultat, puisque le retrayant prend pour lui le marché qu'avait fait le cessionnaire direct (1).

A quelles conditions s'exerce le retrait ?

364. — *A quelles conditions s'exerce le retrait.* — Le successible qui veut écarter le cessionnaire doit le rendre *entièrement indemne* (voy. la Form. 286). Il doit donc lui rembourser non-seulement le prix de cession, mais encore les frais et loyaux coûts du contrat, ainsi que *les intérêts* de ces déboursés. Il est vrai que l'art. 841 ne parle que du remboursement du prix de cession; mais il ne faut voir là qu'un oubli. L'art. 1699 ne laisse aucun doute à cet égard: nous y lisons, en effet, que le cessionnaire d'un droit *litigieux* ne peut être écarté qu'autant qu'on lui rembourse les frais et loyaux coûts du contrat, le prix de cession et les *intérêts* de ce prix; or le cessionnaire d'un *droit litigieux* est moins favorable encore que le cessionnaire d'un droit de succession.

365. — Si la cession a été faite, non pas moyennant une somme d'argent, mais en échange d'un objet dont le cédant est actuellement propriétaire, le retrayant doit rendre au cessionnaire, non pas l'objet que celui-ci a aliéné, car cette restitution est impossible, mais une somme représentative de la valeur de cet objet.

Le successible qui veut l'exercer doit-il faire des offres réelles ?

366. — Le successible qui veut exercer le retrait n'a pas besoin de faire faire des offres réelles au cessionnaire, car il se peut qu'il ignore le prix réel de la cession. Il l'assigne directement, et le prix à rembourser est déterminé dans les débats de l'affaire. Ainsi, le

(1) MM. Dur., t. VII, n° 199; Val.; Dem., t. III, n° 171 *bis*, IV; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 326; Marc., art. 841; Demol., t. IV, n° 71.

tribunal peut prononcer le retrait, même avant le remboursement du prix de cession, sauf au cessionnaire à le réclamer.

Peut-il être exercé contre les cessionnaires *à titre gratuit*?

367. — En imposant au retrayant l'obligation de rembourser au cessionnaire le *prix de cession*, la loi nous fait comprendre que le cessionnaire *à titre gratuit* ne peut pas être écarté. Rien n'est plus juste, au reste, que cette distinction. Le cessionnaire à titre onéreux est ordinairement un homme d'affaires, un spéculateur avide et rusé, qu'aucune considération n'arrête : sa participation à une opération de famille serait on ne peut plus dangereuse. Mais celui auquel l'un des héritiers a cédé son droit par un sentiment de générosité, afin de le récompenser peut-être d'un service rendu, n'est pas suspect; ce n'est pas un spéculateur ! Il a reçu une libéralité dont il est heureux, et, quel que soit le bénéfice qu'il en retirera, il en sera toujours satisfait : sa présence au partage sera donc rarement une cause de dissension entre les copartageants. Il eût été d'ailleurs bien difficile d'appliquer le retrait à une cession gratuite. Quelle somme, en effet, eût-on remboursée au cessionnaire dépossédé? Cette somme devant être égale au profit qu'il eût retiré de la succession en sa qualité de cessionnaire, il aurait eu le droit d'intervenir au partage, afin de surveiller le règlement de l'indemnité à lui due : on serait ainsi tombé dans un cercle vicieux.

S^e *Répétition.*

SECTION II. — DES RAPPORTS.

Art. 843 à 845.

§ I. — *Généralités.*

Quel est le principe fondamental de notre régime des successions?

368. — L'égalité, qui est la base de notre constitution politique, est aussi le principe fondamental sur lequel repose tout le système de nos lois en matière de succession.

Ce principe d'égalité, si conforme à l'équité naturelle, est d'ordre public : c'est lui qui conserve la paix et la concorde dans les familles. La loi y attache une grande importance ; elle met tous ses soins à en assurer la fidèle exécution.

Est-il permis d'y déroger?

Toutefois, elle ne défend point d'y déroger dans une certaine mesure : le *de cujus* est autorisé à modifier l'ordre légal de succession, en attribuant au parent qu'il affectionne le plus certains avantages qu'il n'accorde pas aux autres.

La loi présume-t-elle cette dérogation?

Mais, si telle est son intention, il doit la faire connaître *expressément* : la loi, dont elle contrarie les desseins, ne la présume jamais. S'il fait une donation ou un legs à l'un de ses successibles, sans dire expressément qu'il entend favoriser cet héritier, lui donner plus qu'aux autres, son silence est interprété en faveur du principe d'égalité entre héritiers ; par cela seul qu'il n'y a pas dérogé expressément, la loi en conclut qu'il n'a pas voulu y déroger. Elle présume alors:

Dans quel sens interprète-t-elle donc la donation ou le legs que le *de cujus* a

Que la *donation* qu'il a faite n'a pas dû, dans sa pensée, *se cumuler* avec la part héréditaire que le donataire sera plus tard appelé à recueillir dans sa succession ; qu'il ne l'a considérée que comme

un *avancement d'hoirie*, c'est-à-dire comme une avance sur la part héréditaire du donataire, en un mot, comme une *présuccession ;*

fait à l'un de ses successibles?

Que le *legs* qu'il a fait au profit de l'un de ses successibles doit, dans sa pensée, non pas *se cumuler* avec la part héréditaire du légataire, mais *lui en tenir lieu,* en tout ou en partie.

Art. 843.

Ainsi, 1° le donataire qui succède avec d'autres au donateur n'a pas le droit de conserver les biens dont il a été gratifié, et de prendre, en outre, sa part des biens que le *de cujus* a laissés à son décès : il ne peut pas cumuler les deux qualités de *donataire* et d'*héritier*. En conséquence, s'il conserve sa qualité d'héritier, c'est-à-dire s'il ne renonce pas à la succession, il doit remettre dans la masse partageable les biens qu'il a reçus du défunt : l'égalité se trouve ainsi maintenue. Le donataire, il est vrai, a, de plus que ses cohéritiers, les fruits qu'il a perçus depuis la donation jusqu'au jour du décès ; mais ce petit avantage ne nuit pas à ses copartageants : car le *de cujus*, s'il eût perçu lui-même ses revenus, les aurait probablement consommés.

Quelle conséquence résulte de cette interprétation?

2° L'héritier auquel un legs a été fait n'a pas le droit de le prélever, de cumuler sa qualité de *légataire* avec celle d'*héritier ;* c'est à lui d'opter entre l'une et l'autre qualité. S'il reste héritier, c'est-à-dire s'il ne renonce pas à la succession, les choses qui lui ont été léguées sont, non pas *rapportées*, *remises* dans la masse partageable, car elles n'en sont pas sorties, mais *laissées* confondues avec les autres biens.

369. — Rigoureusement, et à ne considérer que le sens grammatical des mots, cette expression *rapport* ne désigne que la *remise* dans la masse partageable des biens dont le défunt a disposé par *actes entre-vifs*, c'est-à-dire par donation, au profit de ses héritiers *ab intestat*. Quant aux *legs*, il ne peut pas être question de *rapport* proprement dit : car il est impossible de *remettre* dans la masse partageable des biens dont on n'a jamais eu la possession. L'héritier ne *rapporte* donc pas les biens qui lui ont été *légués :* il faut dire qu'il ne les prend pas, qu'il les *laisse* dans la masse partageable.

Qu'est-ce que le rapport?
Ce mot est-il bien exact quant aux legs?

Cette distinction ressort très-clairement de la disposition même de l'art. 843 : « Tout héritier, y est-il dit, doit *rapporter* ce qu'il a reçu du défunt par *donation* entre-vifs... Il ne peut *réclamer* les *legs* à lui faits par le défunt... »

Toutefois, comme les règles qui régissent le rapport proprement dit sont, à peu de chose près, applicables à la défense faite à l'héritier de réclamer le legs dont le défunt l'a gratifié, la loi a cru pouvoir employer le mot *rapport* dans un sens général, pour désigner, tout à la fois, la *remise* que fait chaque héritier, dans la masse partageable, des biens qui lui ont été *donnés* par le défunt, et la *défense de réclamer* les *legs* qu'il en a reçus. Le rapport peut donc être défini : la *remise* (1) à la masse partageable que fait

Pourquoi la loi s'est-elle servie?

(1) Réelle ou *fictive*, car dans certains cas le rapport se fait en moins prenant (voy. les art. 860 et 868).

un héritier des biens que le défunt lui a *donnés* et la *maintenue* dans cette masse des biens qui lui ont été *légués*.

Quel est le fondement du rapport ?

370. — Le fondement sur lequel repose l'idée du rapport est, ainsi que nous l'avons vu, d'une part, le désir qu'a la loi de maintenir l'égalité entre les héritiers, et, d'autre part, la présomption légale que le *de cujus* n'a pas eu l'intention de déroger à cette égalité, en faisant une libéralité à l'un de ses successibles.

La présomption sur laquelle il repose est-elle raisonnable, quand on l'applique aux *donations* ?

Appliquée aux *donations*, cette présomption n'a rien que de très-raisonnable. L'obligation de rapporter les choses données n'a pas pour effet d'anéantir complétement le bénéfice de la libéralité : le donataire, en effet, gagne les revenus, fruits ou intérêts, qu'il perçoit depuis la donation, jusqu'au jour du décès du donateur. Il est donc naturel de supposer que la donation *qui n'est pas accompagnée d'une clause expresse de préciput* n'a été, dans la pensée du donateur, qu'un *avancement d'hoirie*, qu'il n'a entendu procurer à son successible que l'avantage de jouir, avant le temps, des biens ou d'une portion des biens qu'il est appelé à recueillir un jour.

L'est-elle, lorsqu'on l'applique aux *legs* ?

D'où vient que les legs faits sans clause de préciput sont rapportables ?

371. — Quant aux *legs*, la même présomption ne se conçoit plus. Supposer que le testateur qui a fait un legs au profit de l'un de ses successibles n'a pas entendu, en le faisant, modifier le principe d'égalité, c'est évidemment se placer à côté de la vérité. *Primus*, qui a trois enfants et un patrimoine de 100,000 fr., lègue à son fils aîné une maison A, dont la valeur est de 10,000 fr. : n'est-il pas à peu près certain qu'il a eu pour but d'avantager son fils aîné, qu'il a entendu lui donner cette maison, en outre de la part à laquelle il aurait droit comme héritier *ab intestat* ? Qu'a-t-il voulu, en effet, s'il n'a pas entendu faire un legs *par préciput* ?

Le système de la loi est donc, quant aux *legs*, fondé sur une invraisemblance. On ne peut s'en rendre compte qu'en l'expliquant par l'influence des idées coutumières qui dominaient les rédacteurs de notre Code. Sous l'empire des Coutumes de Paris et d'Orléans, les qualités d'héritier et de légataire étaient incompatibles : l'héritier qui avait reçu un legs ne pouvait le réclamer, lors même qu'il était accompagné de la clause *de préciput*. Cela avait été admis, afin de conserver la paix et la concorde dans les familles. « Les jalousies, dit Pothier, auxquelles donnent lieu les avantages *par préciput* eussent été trop dangereuses à l'égard d'hommes guerriers, tels que nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de colère, et toujours prêts à en venir aux mains pour le moindre sujet. » Les rédacteurs du Code, abandonnant ce système, ont pensé qu'il était juste qu'un mourant pût, au moyen de quelques avantages préciputaires, marquer une affection particulière pour celui de ses parents duquel il a eu le plus à se louer de son vivant ; mais, dominés par ce principe d'égalité qui avait régi notre pays pendant plusieurs siècles, ils ont cru assez faire en accordant aux personnes la faculté de léguer *par préciput*. Novateurs timides, ils n'ont pas osé interpréter le legs fait à l'un des héritiers dans le sens d'un avantage préciputaire. Un testateur, ont-ils dit, peut

déroger au principe d'égalité ; mais, si telle est son intention, qu'*il la fasse connoître expressément, nous ne la présumerons jamais !*

372. — Quoi qu'il en soit, on voit que, sous l'empire de notre Code, le legs fait à un héritier sans clause expresse de préciput n'a d'autre avantage que de donner au légataire la faculté d'opter entre les biens légués et sa part héréditaire ; d'où il suit que, si le bénéfice qu'il peut faire comme *légataire* est moins considérable que la part à laquelle il a droit comme *héritier*, le legs qu'il a reçu est pour lui sans avantage. — Toutefois, dans les cas où le rapport se fait en moins prenant (art. 860, 868), le légataire peut, en vertu de son legs, *retenir*, en la précomptant sur sa part héréditaire, la chose qui lui a été léguée.

Quelle est l'utilité d'un legs fait à l'un des successibles sans clause expresse de préciput?

373. — L'héritier qui renonce à la succession étant réputé n'avoir jamais été héritier, les choses doivent se passer à son égard comme si les dons qu'il a reçus avaient été faits *à un étranger ;* d'où la règle que l'héritier renonçant peut conserver les dons ou legs dont il a été gratifié. Mais, bien entendu, il ne peut les conserver que *dans la limite de la quotité disponible ;* s'ils excèdent cette limite, ses cohéritiers ont le droit d'en demander la *réduction*. Il n'en peut même conserver aucune partie, si le défunt avait déjà, par des libéralités *antérieures*, absorbé son disponible.

Art. 845.

L'héritier qui renonce a-t-il le droit de garder tout ce qui lui a été donné ou légué par le défunt?

374. — Cette faculté accordée à l'héritier renonçant de conserver les dons et les legs que le défunt lui a faits, dans la limite de la quotité disponible, n'est pas aussi équitable qu'elle paraît l'être. Elle conduit, en effet, à des conséquences déplorables. Un homme fait à l'un de ses enfants une donation qui comprend toute sa quotité disponible : les dons ou legs qu'il fait ensuite aux personnes qui l'ont aimé, aidé dans ses peines, qui lui ont rendu des services, peut-être au péril de leur vie, seront-ils maintenus? Tout dépend du parti que prendra le fils donataire ! Ces dons ou legs seront maintenus s'il accepte la succession : car alors, ce qu'il a reçu étant considéré comme sa part, ou comme une portion de la part à laquelle il a droit en sa qualité d'héritier, le *de cujus* est resté maître de son disponible. Ils ne le seront pas, au contraire, s'il renonce : car alors, ce qu'il a reçu étant imputé sur le disponible et l'absorbant, les libéralités postérieures ne peuvent pas être conservées. Or, ce résultat est directement contraire à l'intention qu'avait eue le donateur en faisant, *sans clause de préciput*, une libéralité à son fils. Quelle a été, en effet, dans sa pensée, la libéralité dont il l'a gratifié? *Un avancement d'hoirie, une présuccession*, c'est-à-dire *une avance sur sa part héréditaire !* Il n'a donc pas entendu disposer irrévocablement, une fois pour toutes, de son disponible. Sa pensée a été celle-ci : Je donne par avance à mon fils ce qui lui reviendra dans ma succession ; mon disponible reste intact : je pourrai en disposer selon mes affections. Voilà ce qu'il a entendu ; et cependant la loi n'en tient aucun compte, au cas où le fils donataire renonce à sa succession.

La faculté accordée à l'héritier renonçant de conserver, dans la limite de la quotité disponible, ce que le défunt lui a donné, est-elle équitable et rationnelle?

Le Code eût été plus juste et plus conséquent s'il eût dit : Ce que le fils a reçu de son père, il l'a reçu en sa qualité d'héritier ; c'est sa part héréditaire, ou une portion de sa part héréditaire, dont il a été investi *par avance*. Donc, il n'a pas le droit de la conserver, s'il n'est pas héritier, c'est-à-dire s'il renonce à la succession.

Ce système, qui avait été proposé par Dumoulin, ne prévalut pas dans la pratique. Notre ancienne jurisprudence reconnut toujours à l'héritier renonçant le droit de conserver les dons qu'il avait reçus du défunt, lors même qu'ils étaient accompagnés d'une clause expresse d'*avancement d'hoirie*. C'est là, je crois, le système qu'a consacré le Code : rien ne fait présumer qu'il s'en soit écarté.

Quels moyens y a-t-il de parer à l'injustice de cette doctrine?

375. — On a proposé plusieurs moyens de parer à l'injustice de cette doctrine ; je n'en connais qu'un seul, quant à moi. Je le trouve dans la faculté qu'a le donateur de déclarer expressément que la libéralité qu'il fait à son successible sera caduque si celui-ci renonce à la succession, ou qu'elle ne se prendra que sur ce qui restera de disponible après l'acquittement des libéralités qu'il pourra faire par la suite (1).

§ II. — *De la clause par laquelle le donateur ou testateur peut dispenser le donataire ou légataire de l'obligation de rapporter les dons ou legs dont il le gratifie.*

Art. 843, 844 et 846.

Le disposant peut il dispenser du rapport les libéralités qu'il a faites à l'un de ses successibles?

Cette dispense peut-elle être tacite?

Dans quels termes peut-elle être faite?

376. — L'obligation de rapporter a pour fondement la présomption qu'en faisant une libéralité à son successible, le disposant l'a considérée comme une simple avance sur la part héréditaire de celui-ci, ou comme devant lui en tenir lieu : en conséquence, l'obligation de rapporter cesse si le disposant manifeste une volonté contraire. Cette volonté contraire doit être manifestée *expressément* : la loi ne la présume jamais. On l'exprime ordinairement de cette manière : Je donne ou je lègue *par préciput*... ; je donne ou je lègue *hors part*. Mais ces formules ne sont point sacramentelles. La loi ne défend pas au disposant d'employer telle ou telle autre expression propre à manifester sa volonté. Tout ce qu'elle veut, c'est que la volonté du disposant résulte clairement et sans équivoque des termes, quels qu'ils soient, dont il s'est servi pour faire sa libéralité.

Dans quel acte?

377. — La clause de préciput peut être insérée soit dans le texte même de la donation ou du testament, soit après coup et dans un acte postérieur. Mais, comme elle constitue elle-même une libéralité, puisqu'elle rend la première beaucoup plus profitable qu'elle ne l'était d'abord, elle ne peut être contenue que dans un acte revêtu des formes requises pour la validité des donations ou testaments (art. 919).

Le donataire ou légataire *préciputaire*

378. — Dans tous les cas, les libéralités faites *avec clause de pré-*

(1) MM. Val.; Dur., t. VII, n° 373; Demol., t. IV, n° 263.

ciput ne peuvent être retenues par l'héritier donataire ou légataire que dans la limite de la quotité disponible. L'excédant, dit l'article 844, est sujet à rapport. Ces expressions : *est sujet à rapport*, sont inexactes. Les libéralités préciputaires qui dépassent la quotité disponible sont, en effet, sujettes, non pas à *rapport*, mais à *réduction;* or, le *rapport* et la *réduction* ne doivent pas être confondus. Je dirai plus tard les différences (voy. le n° 652).

a-t-il le droit de retenir tout ce qui lui a été donné ou légué?

Est-il vrai que ce qui excède la quotité disponible soit sujet à *rapport?*

N'est-ce pas plutôt à *réduction?*

§ III. — *Quelles personnes doivent le rapport.*

Art. 843 et 846.

Quelles personnes sont soumises au rapport?

379. — Celui-là est soumis au rapport qui est *donataire* ou *légataire* de la personne à la succession de laquelle il prend part en qualité d'héritier *ab intestat*. Telle est la règle ; voyons les détails. Tout héritier *qui accepte* est soumis au rapport. *Tout héritier*, c'est-à-dire l'héritier bénéficiaire comme l'héritier pur et simple, en ligne directe ou collatérale, ascendante ou descendante. — Il importe peu qu'il ait été ou non héritier présomptif du disposant, au moment de la donation ou de la confection du testament : par cela seul qu'il est tout à la fois héritier *ab intestat* et donataire ou légataire, il est soumis au rapport. Une personne qui a un fils fait une donation à l'un de ses frères; son fils étant prédécédé, le donateur meurt laissant ses frères pour héritiers : celui d'entre eux qui est donataire est tenu de rapporter, bien qu'il ne fût pas, au moment de la donation, héritier présomptif du donateur. La loi a considéré que le donateur, ayant pu dispenser son frère de l'obligation du rapport en prévision du cas où il deviendrait son héritier; et ne l'ayant pas fait, n'a pas entendu déroger au principe d'égalité qu'elle a établi entre héritiers.

Le donataire qui n'était pas l'héritier présomptif du donateur au moment de la donation est-il soumis au rapport s'il succède au donateur ?

Art. 847 et 849.

Les libéralités faites au fils du successible ou à son conjoint sont-elles rapportables?

380. — *Libéralités faites au* FILS *du successible.* — Elles sont *réputées faites avec dispense du rapport.* Le successible n'est pas tenu de les rapporter, alors même qu'il en a profité indirectement, par exemple, en succédant à son fils.

Quid, si le successible en a profité indirectement?

381. — *Libéralités faites au* CONJOINT *du successible.* — La règle est la même. L'art. 849, qui la consacre, prévoit trois hypothèses :

1° Libéralité faite par le *de cujus* à l'un de ses héritiers, qui est marié : — rapport intégral ;

2° Libéralité faite à l'héritier et à son conjoint : — rapport de la moitié des biens compris dans la donation ou le legs ;

3° Libéralité faite au conjoint de l'héritier : — il n'y a lieu à aucun rapport ; et il en est ainsi *alors même qu'il est démontré qu'en fait l'héritier a profité indirectement de la libéralité dont son conjoint a été gratifié.* Je suis marié sous le régime de la communauté; mon père donne 20,000 fr. à ma femme; cette somme tombe dans l'actif de la communauté : j'en profite, par conséquent, pour moitié, et même pour le tout, si, arrivant la dissolution de la communauté, ma femme renonce. Je ne suis pas pourtant obligé de rapporter à la succession de mon père le bénéfice que j'ai retiré de la donation qu'il a faite à ma femme. Je

n'y suis pas obligé, parce que je ne suis pas le donataire personnel du *de cujus*, parce qu'il n'existe entre lui et moi aucune relation de donateur à donataire. Le bénéfice que j'ai fait, je l'ai reçu non pas comme donataire de mon père, mais comme associé de ma femme; c'est un avantage que j'ai retiré du contrat à titre onéreux et aléatoire que j'avais fait avec elle.

Qu'était-il besoin de dire que les libéralités faites au fils ou au conjoint du successible ne sont point rapportables?

Est-il exact de dire que ces libéralités sont *dispensées* du rapport?

Pourquoi, en un mot, ne sont-elles pas rapportables?

Cette question a donné lieu à deux explications différentes.

Ainsi, le successible n'est point tenu de rapporter les libéralités qui ont été faites à son fils ou à son conjoint. Mais qu'était-il besoin de le déclarer expressément *dispensé* du rapport? Dans l'espèce, l'*héritier* n'est pas légataire ou donataire du défunt; le donataire ou le légataire du défunt n'est pas son *héritier* : aucun doute n'était donc possible, puisqu'aux termes de l'art. 843, ceux-là seulement sont soumis au rapport qui sont à la fois héritiers et donataires ou légataires.

Deux explications ont été présentées sur ce point :

382. — 1re EXPLICATION. Les Coutumes de Paris et d'Orléans portaient si loin le respect du principe d'égalité entre héritiers, qu'elles ne permettaient pas les libéralités *préciputaires* (voy. le n° 371). Cette théorie était trop rigoureuse pour qu'on ne s'efforçât pas de l'éluder. Mais la loi prit ses précautions pour empêcher les fraudes. Elle décida, à cet effet, que les libéralités faites au fils ou au conjoint du successible seraient réputées faites au successible lui-même, et qu'en conséquence elles seraient rapportables. Ainsi, la donation faite au fils ou au conjoint du successible était rapportable par ce dernier, parce qu'il était réputé être *le réel et véritable donataire*.

Cette présomption légale d'interposition de personnes eût été un contre-sens sous l'empire d'une législation qui permet de faire directement des libéralités préciputaires : car il eût été ridicule de supposer que le disposant a pris un détour pour arriver au but qu'il peut atteindre honnêtement par une voie directe. Le Code a donc abrogé l'ancienne théorie, et il a cru devoir s'en expliquer formellement, afin de prévenir les doutes qu'aurait pu faire naître l'autorité des anciennes pratiques. Malheureusement la formule dont il s'est servi, à cet effet, dans les art. 847 et 849, ne rend pas clairement sa pensée. Dire que l'héritier est *dispensé* de rapporter ce qui a été donné à son fils ou à son conjoint, c'est implicitement reconnaître que le véritable donataire ou légataire est, non pas le donataire ou le légataire désigné dans la donation ou le testament, mais l'héritier lui-même. Or, c'est précisément cette présomption d'interposition de personnes que le Code a voulu abroger. Il fallait dire : *les libéralités faites au fils ou au conjoint du successible ne sont point réputées faites à ce dernier*.

Dans ce système, les art. 847 et 849 sont une pure et simple application du principe que le rapport n'est dû que par ceux qui sont à la fois héritiers et donataires ou légataires : le successible ne doit pas le rapport des libéralités faites à son fils ou à son con-

joint, *parce que, s'il est héritier* AB INTESTAT *du donateur, ce n'est pas lui qui est le donataire ou le légataire* (1).

383. — 2e EXPLICATION. Les rédacteurs du Code étaient convaincus que le successible profite presque toujours des libéralités faites à son fils ou à son conjoint ; que souvent même le fils ou le conjoint donataire est chargé secrètement de restituer à son père ou à son conjoint le bien qu'il a reçu. Sous l'empire de cette idée, ils ont considéré le successible comme ayant réellement reçu en tout ou en partie ce qui a été donné à son fils ou à son conjoint. Mais, comme, en prenant ce détour, le *de cujus* a clairement manifesté l'intention de faire une libéralité préciputaire, ils ont été naturellement amenés à la déclarer expressément réputée faite *avec dispense de rapport*.

Dans ce système, la règle consacrée par les art. 847 et 849 doit être ainsi traduite : *les avantages que le successible a retirés des libéralités faites à son fils ou à son conjoint, ou qu'il a reçus par leur intermédiaire, sont* TACITEMENT *dispensés du rapport* (2).

Art. 848.

Quelles choses rapportent les héritiers qui succèdent *de leur chef?*

Ceux qui succèdent *par représentation?*

384. — *Héritiers succédant de leur chef ; héritiers succédant par représentation.* — Les héritiers appelés *de leur chef* à la succession ne rapportent que les choses qu'ils ont *personnellement, en titre et nom*, reçues du défunt. Ainsi, ils ne doivent, en aucun cas, le rapport des biens qu'il a donnés ou légués à d'autres personnes. *En aucun cas*, c'est-à-dire quand même ils les auraient indirectement acquis, par exemple, en succédant au donataire direct (voy. le n° 98, 1°).

Les héritiers qui succèdent *par représentation* sont, au contraire, tenus de rapporter ce qui a été donné à leur père : ils empruntent sa personnalité. Le prédécès d'un fils ou d'un frère qui a laissé des enfants ne doit ni profiter ni préjudicier aux autres fils ou aux autres frères du *de cujus*. Investis des droits qui se seraient ouverts dans la personne du représenté, s'il eût survécu, les représentants doivent également subir toutes les obligations auxquelles il eût été soumis, et, par conséquent, l'obligation de rapporter ce qu'il eût rapporté lui-même, s'il eût survécu au défunt. Et, comme ils succèdent, non de leur chef, mais du chef du donataire, ils sont tenus de rapporter, encore bien qu'ils n'aient retiré aucun profit de la libéralité qu'il a reçue, c'est-à-dire alors même qu'ils ont renoncé à sa succession.

Le représentant doit il rapporter ce qu'il a reçu personnellement du défunt?

385. — Mais le représentant doit-il rapporter ce qu'il a reçu *personnellement*, directement, du défunt? La question est controversée.

PREMIER SYSTÈME. *Le représentant est soumis au rapport.* En effet, tout héritier qui est à la fois héritier et donataire doit rapporter. Peu importe en quelle qualité il succède ; l'art. 843 ne distingue pas. Il suffit qu'il soit héritier en même temps que donataire ; or,

(1) MM. Dur., t. VII, n° 233 ; Val. ; Dem., t. III, n° 183 *bis* ; Demol., t. IV, n°s 185 et suiv.

(2) MM. Marc., art. 847 et 849 ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 327-330.

dans l'espèce, le représentant est héritier; il est en outre donataire : donc il doit rapporter (1). — Dans ce système, celui qui succède par représentation est tenu d'un *double* rapport : rapport des choses qu'il tient directement du défunt, et rapport des choses reçues par celui qu'il représente.

386.—DEUXIÈME SYSTÈME. *Le représentant n'est pas tenu de rapporter ce qu'il a reçu personnellement du défunt* : car, s'il est donataire ou légataire, il n'est pas *héritier*. On sait, en effet, que la représentation est une *fiction* (art. 739), en vertu de laquelle un fils ou un frère prédécédé survit dans la personne de ses enfants : c'est donc le représenté, du moins aux yeux de la loi, qui succède, qui est l'*héritier*. Ce qui le prouve, c'est que les libéralités qu'il a reçues sont rapportables. La loi montre ainsi qu'elle entend que les choses se passent comme si le représenté était bien réellement, en fait comme en droit, le véritable héritier. Or, si le représenté était réellement héritier, il ne serait pas tenu de *rapporter* les libéralités qu'a reçues son fils (art. 847) : donc ce dernier n'est pas tenu de les rapporter. S'il n'en était pas ainsi, le prédécès du représenté profiterait aux autres héritiers, qui seraient autorisés à demander le rapport des libéralités faites aux représentants et au représenté, tandis que, si le représenté eût survécu, ils n'auraient pu exiger que le rapport des libéralités à lui faites ; or, ce résultat serait contraire au principe, que le prédécès d'un fils ou d'un frère qui a des enfants ne doit ni profiter ni nuire aux autres fils ou aux autres frères du défunt (2).

Art. 850.

§ IV. — *A quelle succession se fait le rapport.*

A quelle succession est fait le rapport ?

387. — Le rapport n'étant dû que par celui qui est en même temps héritier *ab intestat* et donataire ou légataire du défunt, il en résulte que le rapport des dons et legs n'est dû qu'à la succession de la personne qui les a faits : ce n'est, en effet, que dans cette succession que l'égalité a été rompue. Ainsi, je ne dois pas à la succession de mon père les dons que je tiens de mon grand-père ; à la succession de ma mère ce que je tiens de mon père, et réciproquement.

§ V. — *Quels avantages sont sujets à rapport, quels avantages n'y sont pas soumis.*

Quels avantages sont sujets à rapport? Quels avantages n'y sont point soumis ? Les successibles ne rapportent-ils que les choses qui leur ont

388.—L'héritier est tenu de rapporter, non-seulement les libéralités par acte entre-vifs ou par acte de dernière volonté, dont le *de cujus* l'a gratifié, mais encore les sommes dont il était son débiteur. Ainsi, il doit rapporter : 1° les choses qui lui ont été *données;*

(1) MM. Dur., t. VII, n° 230; Val.; Bug.; Dem., t. III, n° 184 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 313 et 314; Demol., t. IV, n° 200.
(2) MM. Duverger, à son cours; Marc., sur l'art. 848.

2° celles qui lui ont été *léguées ;* 3° les sommes dont il était débiteur envers le défunt, par suite d'un prêt ou de toute autre cause, et, par exemple, par suite du paiement de ses dettes.

été *données* ou *léguées*?

389. — *Sommes prêtées par le* de cujus *à l'un des successibles ou employées à l'acquittement de ses dettes.* — La loi exige que les sommes *dues* par l'un des successibles au défunt soient rétablies dans la masse partageable, ou que ses cohéritiers prélèvent des sommes égales à celles dont il est *débiteur*, afin qu'ils ne soient pas réduits au simple rôle de créanciers : elle veut, en un mot, que les choses soient rétablies dans l'état où elles seraient si les sommes que l'un des successibles doit au défunt n'étaient point sorties du patrimoine de ce dernier (art. 829 et 851). Autrement, c'est-à-dire si l'héritier, débiteur du défunt, avait le droit de partager la succession dans l'état où elle se trouve, sauf à rester débiteur, envers ses copartageants, jusqu'à concurrence de la part de créance à laquelle ils ont droit en leur qualité d'héritiers, l'égalité serait rompue : car, tandis qu'il aurait toute sa part en nature, toute sa part en bons deniers comptants, le lot de ses copartageants serait en partie composé d'une simple créance contre lui ; ils seraient exposés à un danger, le risque de l'insolvabilité de leur copartageant, tandis que celui-ci n'aurait aucun risque à courir.

Art. 828 et 829.

L'héritier n'est-il pas tenu de rapporter les sommes dont il était *débiteur* envers le défunt?

390. — Le rapport des sommes dont un successible est *débiteur* envers le défunt ne doit pas être confondu avec le rapport des *libéralités* dont il a été gratifié. Ainsi :

Quelles différences y a-t il entre le rapport des sommes dont l'héritier était *débiteur* envers le défunt, et le rapport des *libéralités* dont il a été gratifié?

1° Le successible *donataire* ou *légataire* peut, en renonçant à la succession, conserver les dons ou réclamer les legs à lui faits, dans la limite de la quotité disponible (voy. le n° 373). — Le successible *débiteur* ne peut point, par sa renonciation, se soustraire à l'obligation de payer à la succession les sommes qu'il devait au défunt.

2° Le successible *donataire* n'est comptable des choses qui lui ont été données par le *de cujus*, ni envers les créanciers de celui-ci, ni envers ses légataires (voy. les nos 405 et s.), tandis que le successible *débiteur* leur doit compte des sommes qu'il devait au défunt.

On voit, d'après cela, combien il importe de distinguer si le *de cujus* qui a payé, avec son propre argent, les dettes de l'un de ses successibles, a entendu lui faire une libéralité, si c'est *animo donandi* qu'il a fait ce paiement, ou s'il n'a eu d'autre but que de gérer ses affaires, se réservant de recourir contre lui pour se faire rendre les sommes employées à sa libération. Dans le premier cas, en effet, le successible est *donataire*, tandis que dans le deuxième il est *débiteur* des sommes qu'a dépensées le *de cujus*.

Y a-t-il quelque intérêt à distinguer si le *de cujus* qui a payé, avec son propre argent, les dettes de son successible, a agi *animo donandi*, ou comme gérant d'affaires?

391. — Le successible doit-il rapporter les sommes qui ont été employées à payer ses dettes *annulables* ou *rescindables ?* Ainsi, un mineur emprunte une somme qu'il emploie en folles dépenses ; il peut, s'il le veut, ne pas la payer. Cependant son père a cru devoir l'acquitter : le rapport est-il dû ? La négative est généralement

Le successible doit-il le rapport des sommes qui ont été employées à l'acquittement de ses dettes *annulables?*

admise. Dans l'espèce, dit-on, le successible n'a retiré aucun avantage de la dépense qui a été faite, puisqu'il pouvait ne pas payer la dette qui a été mal à propos acquittée en son nom. Le rapport, s'il était dû, romprait l'égalité au lieu de la maintenir, puisqu'il mettrait à la charge exclusive de l'un des successibles une dépense dont il n'a pas profité, que le *de cujus* a faite imprudemment (1).

Doit-il le rapport des sommes que le *de cujus* a employées à le libérer du service militaire?

392. — *Sommes employées par le* de cujus *à libérer du service militaire l'un de ses successibles.* — Le successible libéré doit le rapport de ces sommes ; il le doit, soit comme *donataire*, si le *de cujus* a entendu lui faire une libéralité, soit comme *débiteur*, s'il n'a voulu que lui avancer la somme nécessaire à sa libération. — Il est bien entendu, au reste, que le rapport n'est pas dû si le père, trouvant dans son fils un travailleur utile, l'a libéré pour son propre avantage. Dans ce cas, en effet, le père n'a fait que gérer sa propre affaire.

Les frais d'*établissement* sont-ils rapportables?

Quelle était la raison de douter?

393. — *Frais d'établissement.* — Ces frais sont soumis au rapport. Ainsi, les sommes que le *de cujus* a dépensées pour doter l'un de ses successibles, pour lui acheter un fonds de commerce, un office, sont rapportables. Mais qu'était-il besoin de le dire expressément? Ou ces sommes ont été dépensées *animo donandi*, et alors le successible qui en a profité en doit le rapport comme *donataire;* ou elles l'ont été à titre d'avance, de *prêt* ou de gestion d'affaires, et alors le successible en doit le rapport en qualité de *débiteur du défunt*: le doute n'était donc pas possible ! Peut-être le législateur a-t-il cru nécessaire de s'exprimer formellement sur ce point, ainsi que le faisaient les anciens auteurs, dans la crainte qu'on ne considérât l'établissement fourni au successible, non pas comme une libéralité ou une avance, mais comme le paiement d'une dette naturelle reconnue par la loi.

Art. 852.

Pourquoi les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage et les frais ordinaires d'équipement, ne sont-ils point soumis au rapport?

394. — *Frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage; frais ordinaires d'équipement.* — Ces frais ne sont point rapportables.

Quant aux frais *de nourriture* et *d'entretien*, on conçoit sans peine qu'ils ne soient pas soumis au rapport, s'ils ont été faits par un ascendant au profit de son descendant, ou réciproquement. Dans ce cas, en effet, il n'y a eu, de la part du *de cujus*, ni donation, ni avance ; il y a eu paiement d'une dette civile: le successible n'a

(1) Cette décision est certainement fort logique et conforme aux principes qui régissent la théorie du rapport; je ne la crois pas bonne cependant. Quiconque lira attentivement la discussion sur ce point au Conseil d'Etat, restera convaincu que le rapport est dû. Le système qu'on suit aujourd'hui, ayant été proposé par M. Berlier, fut très-vivement critiqué par MM. Treilhard, Bigot-Préameneu et Tronchet. — Ce dernier soutint même qu'il était immoral, qu'il invitait le fils à dépenser, et qu'il importait, au contraire, de le maintenir par *l'obligation du rapport.* De là la règle *générale* de l'art. 851 : « l'héritier doit rapporter les sommes employées au paiement de ses *dettes*. » De ses dettes... sans distinguer, comme le proposait M. Berlier, entre le paiement des dettes valables et le paiement des dettes annulables.

fait que recevoir ce qui lui était dû, ce qu'il avait droit d'exiger (art. 205 et 207).

Le motif de la loi n'est plus aussi évident, en ce qui touche : 1° les frais de nourriture et d'entretien faits par tout autre parent qu'un ascendant ou qu'un descendant ; 2° les frais d'*éducation*, d'*apprentissage* et d'*équipement*. L'auteur de ces dépenses a, en les faisant, accompli une obligation *purement morale ;* or, le paiement d'une dette qui n'a aucune base dans la loi civile, que le législateur confie à la conscience de chacun, constitue précisément une *donation* (voy. le n° 1309). Ainsi, il y a eu une *donation*, et cependant le successible qui l'a reçue n'est pas soumis au rapport. Quel est le motif de cette exception ? On a dit : « Ces dépenses ont, à la vérité, profité au successible dans l'intérêt duquel elles ont été faites ; mais elles n'ont pas nui aux autres héritiers. » Il est, en effet, probable que le *de cujus* les a faites sur *ses revenus ;* or, s'il n'eût pas ainsi employé ses revenus, il les eût dépensés d'une autre manière : il aurait eu plus de luxe dans sa maison, *lautius vixisset*. Le profit que le successible a retiré de ces dépenses n'a donc pas nui à ses cohéritiers : dès lors, il n'en doit pas le rapport. En d'autres termes, le rapport n'est pas dû, *parce que les dépenses dont le successible a profité sont supposées prises, non sur le* CAPITAL, *mais sur les* REVENUS, *c'est-à-dire sur les biens qui, d'après leur nature, étaient destinés par le* de cujus *à être dépensés d'une manière quelconque.*

Cette considération a bien pu entrer pour quelque chose dans les dispositions que nous expliquons ; mais je ne pense pas qu'elle en ait été la raison essentielle et déterminante. Deux motifs me le font croire :

1° Si le *de cujus* avait donné *directement* une portion de ses *revenus* à l'un de ses successibles, ou s'il l'avait employée soit à son *établissement*, soit au *paiement de ses dettes*, le rapport serait dû : donc il ne faut pas dire d'une manière générale et absolue que les libéralités qui sont faites avec des *revenus* ne sont pas rapportables.

Les libéralités faites avec des *revenus* sont-elles affranchies du rapport ?

Quid, si le *de cujus* a employé ses revenus à l'établissement de son successible ou au paiement de ses dettes ?

2° Les frais d'éducation, d'apprentissage et d'équipement, ne sont pas rapportables, lors même qu'ils sont pris sur le *capital* : la loi, en effet, ne fait aucune distinction. Donc il n'est pas exact de dire que, si les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, ne sont pas soumis au rapport, c'est *uniquement* parce qu'ils sont présumés pris sur les revenus.

Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage et d'équipement, sont-ils rapportables lorsqu'ils sont pris sur *le capital?*

395. — Si la loi a fait cette exception, c'est surtout, je crois, en ce qui touche les frais de *nourriture* et d'*entretien*, parce qu'il eût été trop dur pour le successible de rapporter des sommes qui ont été, il est vrai, dépensées à son profit, mais qui ne se trouvent pas dans son patrimoine, qu'il n'a pas capitalisées ; en ce qui regarde les frais d'*éducation*, parce que, le bénéfice pécuniaire qu'un enfant retire de l'éducation qu'on lui a donnée étant le plus souvent inférieur à la dépense et même quelquefois nul, c'eût été lui cau-

ser un préjudice considérable que de mettre à sa charge exclusive toutes les dépenses que le *de cujus* a cru devoir faire à son occasion (1).

Cette explication, je le reconnais, n'est pas concluante quant aux *frais d'apprentissage* : dans ce cas, en effet, le successible retire le plus souvent un avantage pécuniaire très-notable des dépenses qui ont été faites dans son intérêt.

Peut-être la loi a-t-elle été un peu trop loin : il eût été préférable de laisser aux juges un pouvoir discrétionnaire et le soin de décider selon les circonstances. Dans certains cas, un successible aura reçu une éducation distinguée qui l'aura placé dans une position brillante, tandis que le *de cujus* aura laissé ses autres enfants dans une position inférieure.

La loi a voulu, sans doute, parer aux difficultés d'appréciation que ce pouvoir discrétionnaire donné aux juges n'eût pas manqué de faire naître.

Les juges n'ont-ils pas, en cette matière, un certain pouvoir discrétionnaire? Quelle distinction doivent-ils faire?

396. — Toutefois, il est impossible de leur refuser tout pouvoir d'appréciation. Ils auront toujours à rechercher si les frais qui ont été faits sont bien réellement des frais de nourriture, d'entretien, d'éducation ou d'apprentissage : car, si, d'une part, les frais faits n'ont pas ce caractère, et si, d'autre part, ils ont procuré au successible un bénéfice appréciable en argent, le rapport sera dû. Mais je ne crois pas qu'il soit vrai, ainsi qu'on le dit souvent, qu'il y a lieu au rapport des frais réellement faits pour l'entretien, l'éducation ou l'apprentissage, lorsque le *de cujus* a été obligé, pour y faire face, de *prendre sur son capital*.

Ma théorie est celle-ci : Les frais qui ont été faits ont-ils réellement eu pour objet la nourriture, l'entretien, l'éducation ou l'apprentissage du successible : fussent-ils pris *sur le capital*, le rapport n'en est pas dû. N'ont-ils pas ce caractère : fussent-ils pris uniquement sur les revenus, le rapport en est dû, si le successible, dans l'intérêt duquel ils ont été faits, en a réellement bénéficié. Ainsi, un père a donné à son fils des diamants, des voitures, des chevaux, des meubles d'un grand prix : il y a lieu au rapport. En effet, d'une part, la dépense a procuré au successible un bénéfice pécuniaire appréciable, et, d'autre part, il n'est pas possible de la considérer comme une dépense *ordinaire* (2) *d'entretien*. Un père, faisant faire son droit à son fils, lui compose une bibliothèque de luxe : le rapport est dû. En effet, d'une part, la dépense qui a été faite a procuré à ce fils un profit appréciable en argent, et, d'autre part, il est impossible de la considérer comme une dépense *ordinaire* d'éducation (M. Val.).

Y a-t-il lieu au rapport si l'un des successibles a reçu du défunt des diamants, des voitures, des meubles d'un grand prix?

Quid, s'il a reçu une bibliothèque de luxe?

Les frais de noces

397. — *Frais de noces et présents d'usage*. Ces frais sont égale-

(1) MM. Val.; Dem., t. III, no 188 *bis*, I; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 321.

(2) L'art. 852 n'applique le mot *ordinaire* qu'aux dépenses d'*équipement*; mais il est évident qu'il faut, par analogie, l'appliquer aux frais d'*entretien*, d'*éducation* ou d'*apprentissage*.

ment dispensés du rapport. Peu importe que le *de cujus* ait employé, à cet effet, une portion de son capital, ou ses revenus seulement : la loi, je le répète, ne distingue pas.

et présents d'usage sont-ils rapportables?
Quid, s'ils sont pris sur le capital?
Quid, si les frais de noces sont *extraordinaires*?
Ne faut-il pas, quant aux présents de noces, faire une distinction?

Les *frais de noces* ne sont pas soumis au rapport, lors même qu'ils sont *extraordinaires*. Le *de cujus* les a faits en son propre nom, pour sa satisfaction personnelle, ou plutôt pour l'honneur de sa maison ; le successible qui y a donné occasion n'en a retiré aucun profit pécuniaire : par conséquent, il n'en doit pas le rapport.

Quant aux *présents de noces*, les juges ont à rechercher si ce qui a été donné constitue seulement un simple présent, un cadeau, ou si on peut le considérer comme une portion de la dot, c'est-à-dire comme une *donation* de nature à procurer au successible non pas seulement une satisfaction de cœur, mais une véritable augmentation de fortune.

Art. 853.

Les avantages que le successible a retirés des contrats *à titre onéreux* intervenus entre lui et le défunt sont-ils rapportables?

398. — *Avantages que le successible a retirés des contrats à titre onéreux intervenus entre lui et le* DE CUJUS. — Ces avantages sont-ils sujets à rapport? La loi distingue : ils ne sont point rapportables si les conventions d'où ils sont nés *ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites*. Ainsi, un père vend à son fils, pour la somme de 50,000 fr., un terrain dont la valeur est de 45 à 50,000 fr. ; postérieurement au contrat, ce terrain acquiert, par suite d'une circonstance fortuite, une plus-value considérable : le fils n'a rien à rapporter. En effet, le contrat qui a été l'occasion de cette bonne fortune ne présentait, au moment où il a été fait, aucun avantage indirect ; bien que l'acheteur se soit enrichi, le vendeur ne lui a rien donné du sien. — Si le profit qu'il a fait provient, non d'une circonstance postérieure au contrat, mais du contrat lui-même, ce profit rentre alors dans la classe des libéralités indirectes et, par suite, dans celle des choses rapportables. Toutefois, il en serait autrement si le profit qu'il a retiré était assez minime pour qu'on pût le considérer, non comme une libéralité indirecte, mais comme le résultat régulier et ordinaire d'un contrat à titre onéreux. Soit un immeuble de 50,000 fr., vendu pour la somme de 30,000 fr. : la différence entre la valeur de l'objet vendu et le prix de vente constitue une libéralité indirecte : car, si le *de cujus*, au lieu de vendre son immeuble à son successible, l'eût vendu à un étranger, il n'est pas probable qu'il l'eût cédé à si bas prix. Que si, au contraire, l'immeuble a été vendu 45 ou 48,000 fr., le profit que le successible retire du contrat n'est pas une libéralité indirecte ; c'est un bénéfice que lui a procuré le jeu régulier et ordinaire d'un contrat à titre onéreux : il n'y a pas *libéralité*, car le *de cujus* a traité avec son successible comme il eût traité avec un étranger.

Art. 854.

Quid, des avantages qu'il a retirés des associations formées entre lui et le *de cujus*?

399. — *Avantages que l'un des successibles a retirés des associations formées entre lui et le* DE CUJUS. — Cette espèce est la même que la précédente ; les mêmes principes sont applicables. C'est ce qui résulte du mot *pareillement*, qui lie l'art. 854, où elle est prévue, à

l'art. 853, qui règle la première. « Pareillement, dit l'art. 854, il « n'est pas dû de rapport pour les associations faites *sans fraude* « entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en « ont été réglées *par un acte authentique*. »

Ils ne sont point rapportables lorsque l'association qui les a produits a été faite *sans fraude*. Quel est le sens de ces mots : *sans fraude* ?

Faites *sans fraude*..... c'est-à-dire sans *détour*, sans *déguisement*. L'art. 854 doit donc être ainsi traduit : Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les profits qu'un successible a retirés des associations faites avec le DE CUJUS, *lorsque ces associations ne présentaient aucun avantage indirect, au moment de leur formation*... C'est la même idée que celle qui est contenue dans l'art. 853. Malheureusement, le législateur a, dans un misérable intérêt de style, employé des formules différentes ; les mots de l'art. 853 : « Si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, » ont été remplacés dans l'art. 854 par ceux-ci : « *associations faites sans fraude*. » Du reste, si les formules sont différentes dans les termes, le principe qu'elles consacrent est le même. Les deux articles sont, en effet, rattachés l'un à l'autre par le mot *pareillement*, qui forme le commencement de l'art. 854.

Mais, dit-on, en *déguisant* sa libéralité sous l'apparence mensongère d'un contrat à titre onéreux ou d'une société, le *de cujus* a suffisamment marqué, par ce détour, l'intention où il était de dispenser son successible de l'obligation du rapport (1). Je réponds : Non, il ne l'a pas suffisamment marquée, puisqu'aux termes bien formels des art. 843 et 919 la dispense du rapport n'est parfaite qu'autant qu'elle est *expresse* (voy., sous le n° 402 *ter*, la démonstration de ce système).

400. — Ainsi, lorsque l'association formée entre le *de cujus* et l'un de ses successibles ne présentait aucun avantage indirect au moment où elle a été faite, le successible n'est pas tenu de rapporter les avantages qu'il a, par suite d'événements postérieurs à sa formation, retirés de l'association.

La loi n'établit-elle point une différence entre le cas où les conditions de l'association ont été réglées par *acte authentique*, et celui où elles l'ont été par *acte sous seing privé* ?

Quel est le motif de cette différence ?

Mais, pour qu'il en soit ainsi, l'art. 854 exige que les *conditions de l'association aient été réglées par un acte authentique*. La société qui n'a été constatée que par un acte *sous seing privé* est réputée frauduleuse ; tous les profits qu'en a retirés le successible sont rapportables comme avantages indirects. D'où vient cette différence ? Pourquoi la société, dont les clauses ont été réglées par *acte authentique*, est-elle, jusqu'à preuve contraire, considérée comme un contrat purement à titre onéreux, tandis que celle qui n'a été constatée que par *acte sous seing privé* est, à l'inverse, présumée, jusqu'à preuve contraire, contenir des avantages indirects ? Cette distinction s'explique naturellement : la société est un contrat compliqué ; ce n'est qu'en étudiant les différentes clauses, en les combinant entre elles, qu'on peut juger si ce contrat contient ou non des avantages indirects. Or, comment supposer la fraude de la part des parties qui ont fait consigner toutes les clauses de leur

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 137.

contrat dans un titre dont la minute, laissée en dépôt chez le notaire qui l'a reçu, pourra toujours être retrouvée par ceux qui auront, un jour, intérêt à l'étudier et à le critiquer ?

Un acte sous seing privé ne présente pas les mêmes garanties. Les parties peuvent, en effet, à leur gré et selon leur intérêt, le faire disparaître et enlever ainsi aux cohéritiers du successible le moyen de vérifier, d'étudier les clauses de la société, pour s'assurer si elle contient ou non des avantages indirects.

Un acte sous seing privé et *enregistré* équivaut-il, dans l'espèce, à un acte authentique?

Un acte sous seing privé, quoique enregistré, ne suffit pas : car, si l'enregistrement donne à l'acte date certaine comme l'authenticité, il n'assure pas, comme elle, que l'acte pourra toujours être retrouvé quand il importera d'étudier les clauses dont se compose le contrat de société. L'enregistrement ne mentionne pas, en effet, les clauses dont se compose le contrat auquel il donne date certaine ; il relate seulement que tel contrat a été fait tel jour entre telle et telle personne.

Les libéralités *indirectes* sont-elles rapportables lorsqu'elles n'ont pas été expressément dispensées du rapport?

Quelles libéralités doivent être rangées parmi les libéralités directes?

401. — En résumé, toutes les libéralités qui n'ont pas été faites avec une clause « EXPRESSE » de préciput sont rapportables, qu'elles soient « DIRECTES ou INDIRECTES » (art. 843 et 919).

— Doivent être rangées dans la classe des libéralités *directes* :

I. Les libéralités résultant soit d'une donation intervenue entre le *de cujus* et le successible, avec toutes les solennités requises pour la validité des donations, soit d'un legs fait au successible lui-même.

II. Les libéralités *mobilières* effectuées au moyen d'une tradition consentie par le donateur *à son successible* (voy. le n° 680) : ces libéralités se font, en effet, de la manière la plus formelle, avec l'intention positive de constituer un avantage au successible, avantage qu'il reçoit directement du donateur, sans détour et sans intermédiaire.

III. Les libéralités résultant de la remise d'une dette par un créancier à son successible : l'avantage qu'a reçu le successible est, en effet, le résultat d'une convention intervenue sans aucun détour entre lui et le *de cujus* (art. 1282).

Quels avantages doivent être rangés parmi les libéralités *indirectes*?

401 *bis*. — Doivent être rangés dans la classe des libéralités *indirectes* :

I. Les avantages que le successible a reçus par suite d'opérations intervenues entre le *de cujus* et un tiers, dans lesquelles il n'a pas été partie. Parcourons quelques espèces.

Quid, si le *de cujus* s'est porté caution de l'un de ses héritiers?

1° L'avantage que le *de cujus* a procuré à l'un de ses successibles, en se portant sa caution, est un avantage *indirect*. Le *de cujus*, en effet, n'a rien donné à son successible. Il n'a fait que s'obliger envers un tiers, envers le créancier de son successible. Cet avantage, bien qu'indirect, est rapportable. Le successible devra donc, au décès de sa caution, rapporter l'avantage qu'il en a reçu : il devra, par conséquent, libérer la succession, soit en

payant son propre créancier, soit en obtenant de lui une remise du cautionnement (1).

2° Il en est de même de l'avantage que le successible a retiré du paiement de ses dettes par le *de cujus* (voy. les nos 389 et 390). Le profit que lui procure ce paiement est *indirect*, puisqu'il résulte d'une convention à laquelle il n'a pas été partie.

L'avantage que l'un des successibles a retiré de la répudiation d'une succession par le *de cujus*, son cohéritier, est-il rapportable?

3° L'avantage qu'il a retiré de la répudiation d'une succession par le *de cujus*, son cohéritier, est également indirect. Toutefois, il faut ici faire une distinction : s'il est démontré qu'au moment de la répudiation, la succession était notoirement bonne, que le *de cujus* savait fort bien qu'il n'y avait aucun danger à l'accepter, la répudiation qu'il a faite constitue une libéralité *indirecte*. Dans ce cas, le rapport est dû. Il ne l'est pas, au contraire, si le *de cujus* a renoncé, non dans la vue d'avantager son successible, mais dans son propre intérêt, afin de se soustraire aux dangers qu'il redoutait.

Les libéralités déguisées sous l'apparence d'un contrat *à titre onéreux* ou faites par personnes interposées, doivent-elles être rangées parmi les libéralités indirectes?

Ces deux espèces de libéralités sont-elles rapportables?

Quelles sont les raisons de douter?

Les raisons de décider?

402. — II. Les avantages que le successible a retirés d'opérations intervenues entre lui et le *de cujus*, mais qui ont été *déguisés sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux*. Un acte a été dressé portant que Pierre a vendu à Paul, son successible, un tel immeuble, pour tel prix, qui a été payé comptant; les cohéritiers du prétendu acheteur prouvent que le prix n'a jamais été payé, que cette vente n'est, au fond, qu'une libéralité déguisée : il y a là un avantage *indirect* soumis au rapport.

402 *bis*. — III. Les avantages que le successible a reçus du DE CUJUS *par l'intermédiaire d'un tiers*. Au lieu de donner ou de léguer à son successible, le *de cujus* a disposé au profit d'un tiers chargé secrètement de restituer les biens au successible : l'avantage que celui-ci a reçu est *indirect;* il en doit le rapport.

402 *ter*. — La solution que je viens de donner sur les deux derniers cas est très-vivement attaquée. La plupart des jurisconsultes entendent par avantages *indirects* ceux-là seulement que le successible a retirés d'opérations *dans lesquelles il n'a pas été partie*, c'est-à-dire des actes intervenus entre le *de cujus* et un tiers (voy. le no 401 *bis*). Ces libéralités, quoique *indirectes*, sont rapportables, car rien ne montre que le *de cujus* qui les a faites ait entendu les dispenser du rapport.

Quant aux libéralités *déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ou faites par personnes interposées, ce sont*, prétend-on, *des libéralités* non pas *indirectes*, mais CACHÉES, OCCULTES. Or, en recourant à cette voie détournée pour avantager son successible, le disposant a clairement manifesté l'intention de le dispenser du rapport.

Je ne sais rien, pour ma part, de plus *indirect* qu'une libéralité obtenue par un *détour*, par suite d'une *déviation* aux règles ordinaires des libéralités. C'est bien aussi l'avis de Pothier : car il

(1) MM. Val.; Dem., t. III, no 187 *bis*, IV; Demol., t. IV, no 358.

range précisément dans cette classe, et en première ligne, les libéralités déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ou faites par personnes interposées (1).

Je suis peu touché de l'argument qui consiste à dire que le disposant qui a recours à des voies occultes pour avantager son successible a tacitement, mais très-énergiquement, manifesté l'intention de le dispenser du rapport. Rien ne me paraît moins démontré que cette intention. Plusieurs motifs ont pu, en effet, déterminer le disposant à déguiser sa libéralité. C'est peut-être la crainte de déplaire à tel de ses parents dont il redoute la colère, ou le désir de soustraire son donataire à l'obligation de payer les frais énormes qu'entraîne la mutation de propriété à titre gratuit. Peut-être même le successible a-t-il eu lui-même recours à ce déguisement parce qu'il craignait que la libéralité ne fût attaquée comme entachée de captation ou de suggestion. Et, ce qui prouve que le disposant qui déguise la libéralité qu'il fait à son successible peut avoir d'autres motifs que la volonté de dispenser du rapport, c'est qu'on voit tous les jours des donations déguisées adressées à des personnes qui ne peuvent en aucun cas être soumises au rapport, c'est-à-dire à des personnes qui n'ont aucune vocation à la succession du donateur.

Enfin, fût-il vrai que les libéralités *occultes* ne sont pas *indirectes* dans le sens des art. 843 et 919, que le détour qu'a pris le disposant pour avantager son successible marque chez lui l'intention de faire une libéralité préciputaire, je dirais encore que le rapport est dû. Dans l'espèce, la dispense du rapport n'est pas *expresse*, cela est incontestable; or, aux termes formels des articles 843 et 919, toutes les libéralités sont rapportables quand elles ne sont pas *expressément* dispensées du rapport. La loi ne se contente donc pas d'une manifestation quelconque de volonté; elle veut que cette manifestation soit *expresse*, parce qu'en dehors de là il ne peut y avoir que des conjectures ou des probabilités. Elle a été si loin à cet égard, qu'elle soumet au rapport le *legs* d'une somme modique lorsqu'il n'est pas *expressément* fait avec dispense de rapport, bien que pourtant l'intention de faire une libéralité *préciputaire* ne se montre en aucun cas plus énergiquement que dans cette hypothèse (voy. le n° 371).

Mais, a-t-on dit, la loi n'a pas pu, d'une part, autoriser les libéralités *occultes*, et, d'autre part, forcer le disposant à divulguer son secret par une dispense *expresse* du rapport. Je réponds que le disposant peut très-bien, tout en dispensant le donataire du rapport, conserver le secret de sa libéralité : qui l'empêche, en effet, de l'en dispenser au moyen d'un testament olographe qu'il lui confiera? Et d'ailleurs, dans le système contraire, la loi serait bien *plus absurde*, puisqu'elle aboutirait à ce résultat: la clause de préciput doit être *expresse;* elle peut cependant n'être que *tacite !*

(1) *Traité des successions*, chap. VI, art. II, § 2; *Introduction au Titre Des successions*, art. 3, § 1.

On a dit encore : Lorsqu'un contrat a été qualifié par les parties de *contrat à titre onéreux*, il faut le prendre avec la qualification qu'elles lui ont donnée, et lui appliquer les règles qui sont propres à ce contrat, toutes les fois qu'il n'a pas pour but de *faire fraude à une loi*, ou au droit des tiers ; or, le déguisement d'une libéralité, dans le but de dispenser du rapport, ne constitue point une fraude à la loi ou au droit des héritiers du donateur, puisque le donateur avait la faculté de dispenser ouvertement son donataire de ce rapport, et qu'il est permis de faire *indirectement* ce que la loi permet de faire *directement*. — Cet argument n'est qu'une pétition de principe : car il s'agit précisément de savoir s'il est permis, *en matière de rapport*, de faire *indirectement*, c'est-à-dire d'une manière *occulte*, ce que la loi permet de faire *expressément et au grand jour*. Je suis plus logique en disant : La voie *occulte* n'est pas permise, puisque la loi n'autorise que la voie *expresse*. Elle n'autorise que la voie *expresse*, puisqu'aux termes de l'art. 854, la voie *occulte* est qualifiée de *fraude* à la loi (1).

§ VI. — *Des fruits et des intérêts provenus des choses ou des sommes soumises au rapport.*

Art. 856.

Les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport sont-ils rapportables?

Pourquoi les fruits et intérêts perçus ou échus avant le décès du *de cujus* ne le sont-ils point?

403. — Le rapport ayant pour objet de maintenir l'égalité entre héritiers en rétablissant les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* n'avait fait aucune libéralité à son successible, il en résulte que les fruits perçus ou échus *depuis le décès du* DE CUJUS doivent être, comme les capitaux qui les ont produits, remis dans la masse partageable.

Le même principe exigerait que les fruits échus ou perçus *avant le décès du* DE CUJUS fussent également rapportés. Il n'en est pas ainsi cependant : le successible donataire est autorisé à les conserver. Deux motifs justifient cette décision :

1° La loi a dû supposer chez le donateur l'intention de dispenser le donataire du rapport des fruits et intérêts ; autrement, la donation par lui faite n'aurait eu aucun sens, puisqu'elle n'aurait eu aucune utilité. La chose donnée n'eût été dans les mains du donataire qu'un dépôt, et, par conséquent, une charge dangereuse, tout dépôt emportant l'obligation de conserver, sous peine de dommages et intérêts, la chose déposée.

2° Le droit qu'a le donataire de conserver les fruits et intérêts qu'il a perçus ne nuit pas à ses cohéritiers : car il est probable que

(1) MM. Val.; Bug. *sur Poth.*, t. I, p. 511; Dem., t. III, n° 187 *bis*, V; Duv.; Demol., t. IV, nos 250 et suiv. *Contrà*, Marc., art. 851; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 327 et 332. — Je dois reconnaître cependant qu'il existe deux cas particuliers où la loi voit dans le détour qu'a pris le disposant pour gratifier son successible une dispense tacite du rapport. Le premier est celui où le successible a été gratifié par l'intermédiaire de son fils ou de son conjoint (voy. le n° 383). Le deuxième se trouve dans l'art. 918 (voy. les nos 616 et suiv.). Mais ce sont là deux dispositions exceptionnelles, fort peu raisonnables d'ailleurs. Il y aurait inconséquence à les étendre d'un cas à un autre.

le disposant les eût consommés s'il les eût perçus lui-même : *lautius vixisset.*

404. — On peut, en ce qui touche l'acquisition des fruits naturels ou civils, assimiler le donataire à un usufruitier *sui generis.* Il ne doit compte que du capital, qui fait l'objet de l'obligation du rapport, et des fruits perçus ou échus à partir du moment où son droit de jouissance a cessé. Tous les fruits civils échus *avant* l'ouverture de la succession lui sont irrévocablement acquis : il n'en doit aucun compte, *lors même qu'il ne les a pas encore touchés,* car les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 586). Ceux qui n'étaient pas échus à la même époque, quoique payés par anticipation, appartiennent à la succession : car, dès ce moment, le donataire a perdu son droit de propriété et avec lui son droit de gagner les fruits. Ainsi, au jour du décès du donateur, on arrête le cours des intérêts, arrérages, loyers ou fermages : tout ce qui est échu appartient au donataire ; tout ce qui reste à courir, à la succession. Les fruits naturels s'acquérant par leur perception (article 585), ceux que le successible donataire a *perçus* avant le décès du donateur lui appartiennent ; ceux qui, à la même époque, étaient pendants par branches ou par racines sont à la succession, qui a seule le droit de les percevoir.

Le donataire ne peut-il pas être, quant à l'acquisition des fruits naturels et civils, assimilé à un usufruitier ?

Qu'en faut-il conclure ?

§ VII. — *Quelles personnes ont le droit d'exiger le rapport, et d'en profiter quand il est effectué.*

Art. 857.

Quelles personnes ont le droit d'exiger le rapport et d'en profiter quand il est effectué ?

405. — Le rapport ayant été introduit pour maintenir l'ordre de succession établi par la loi entre les parents du *de cujus*, c'est-à-dire pour rétablir l'égalité entre eux, il en résulte que les héritiers *ab intestat* ont seuls le droit de l'exiger, et d'en profiter quand il a été effectué. Il n'est dû, dit l'art. 857, que par le *cohéritier* à son *cohéritier* : les *légataires* n'ont pas droit au rapport.

Les *légataires* ont-ils le droit d'exiger le rapport ?

Peut-on exiger d'eux le rapport des libéralités que le *de cujus* leur a faites par acte entre-vifs ?

D'où vient cette différence entre les héritiers *ab intestat* et les légataires ?

Cette différence entre les héritiers *ab intestat* et les héritiers *testamentaires* s'explique facilement. L'ordre de succession qu'a établi la loi entre les membres de la même famille est, à ses yeux, celui qui est le plus conforme à l'équité naturelle, au principe d'égalité qui est la base de notre constitution politique : elle a dû, par conséquent, maintenir l'égalité entre les héritiers qu'elle appelle, toutes les fois que le *de cujus* n'a pas, en faisant une libéralité à l'un de ses successibles, manifesté l'intention de rompre cette égalité. Mais, à l'égard des *légataires*, rien de semblable n'existe. Il n'y a pas, quant à eux, d'égalité établie *à priori*, d'ordre légal de succession. Le *de cujus* règle comme il l'entend les droits dont il les investit ; la loi prend ses dispositions telles qu'elles sont, sans les contrôler, car il lui importe peu que l'égalité règne ou non entre des personnes qu'elle n'a pu connaître que par le testament du *de cujus*.

Ainsi un légataire ne peut exiger le rapport ni d'un héritier *ab intestat*, ni d'un autre légataire. Mais, réciproquement, l'héritier

ab intestat ne peut pas exiger d'un légataire le rapport des donations dont le *de cujus* l'a gratifié.

Les légataires peuvent-ils profiter du rapport, lorsqu'il a été effectué par un héritier, sur la demande d'un autre héritier?

406. — Le légataire ne peut ni exiger le rapport, ni même *en profiter, quand il a été effectué par un héritier sur la demande d'un autre héritier.* Les biens dont le *de cujus* avait disposé de son vivant n'étaient plus dans son patrimoine. Peu importe qu'il en ait disposé au profit de l'un de ses successibles ou qu'il les ait donnés à un étranger. Dans l'un et l'autre cas, l'aliénation qu'il a consentie, et qui a fait sortir de son patrimoine les biens dont il a disposé, est irrévocable à son égard, et, par suite, à l'égard de ses ayant-cause, de ses légataires : ce n'est que dans l'intérêt de ses héritiers *ab intestat* qu'elle est révocable, par l'effet du rapport. Il n'a pu, en un mot, léguer que les biens dont il était encore propriétaire au moment de sa mort.

Ainsi, les *legs ne se paient que sur les biens existant dans le patrimoine du* de cujus *au moment de son décès.*

Les créanciers du défunt ont-ils droit au rapport?

Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer entre le rapport des *legs* et le rapport des *donations?*

407. — Les *créanciers du défunt* ne peuvent ni demander le rapport, ni en profiter quand il a été effectué. Cela ne doit s'entendre que du rapport des *donations :* car, quant aux *legs*, il est évident que les successibles qui les ont reçus ne peuvent pas les conserver au préjudice des créanciers. Nous savons, en effet, et l'art. 809 est formel à cet égard, que les *créanciers* sont toujours préférés aux *légataires* (voy. les nos 236 et 302).

La proposition de l'art. 857 doit donc être ramenée à celle-ci : *les créanciers du défunt ne peuvent pas demander le rapport des biens qu'il a donnés de son vivant à ses successibles.*

Les créanciers du défunt n'ont-ils pas droit au rapport, du chef des héritiers dont ils sont devenus les créanciers?

408. — Ici se présente une difficulté. Les créanciers *personnels* d'un héritier ont le droit d'être payés sur tous ses biens, notamment sur ceux que lui a donnés le *de cujus*, et même sur ceux qu'il a obtenus par suite d'un rapport effectué, sur sa demande, par ses cohéritiers. Ils peuvent même, s'il néglige de demander le rapport qui lui est dû, l'exiger de son chef, conformément au principe général de l'art. 1166. Ainsi, les créanciers *personnels* de chaque héritier peuvent exiger le rapport, et en profiter quand il a été effectué; or, les créanciers du défunt sont maintenant les créanciers *personnels* des héritiers : ils peuvent donc, en cette qualité, exiger le rapport, et en profiter quand il a été effectué. Dès lors, que devient la règle de l'art. 857 ?

Dès lors, que devient la règle de l'art. 857 ?

La réponse est bien simple. L'art. 857 reçoit son application, toutes les fois que les créanciers du défunt ne peuvent pas agir, ou n'agissent pas, en qualité de créanciers *personnels* de l'héritier. C'est ce qui arrive :

Quand s'applique-t-elle?

1° Dans le cas où la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'héritier bénéficiaire ne devient pas, en effet, débiteur *personnel* des créanciers héréditaires. Ceux-ci conservent leur ancien débiteur, le défunt représenté par la succession : aussi n'ont-ils aucune action *sur les biens personnels de l'héritier. Les biens du défunt sont seuls* employés à les désintéresser (voy. les nos 289 et 290).

Par conséquent, ils n'ont aucun droit sur les biens que le défunt a donnés de son vivant à son successible, maintenant héritier bénéficiaire, ou que ce dernier a obtenus par l'effet d'un rapport effectué par ses cohéritiers : ces biens ne figurent point dans le patrimoine du défunt, ils font partie du patrimoine personnel de l'héritier.

Peut-elle être appliquée dans le cas où la succession est acceptée *purement et simplement* ?

2° Dans le cas où les créanciers héréditaires, placés en présence d'une acceptation pure et simple, ont demandé, en leur propre nom, la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier (voy. les nos 458 et s.). Les créanciers qui forment cette demande agissent en qualité de créanciers du *défunt ;* c'est en cette qualité qu'ils ont le droit d'être payés *sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels des héritiers.* Il importe, par conséquent, de distinguer le patrimoine du *défunt* du patrimoine des *héritiers*. Or, le rapport n'étant pas dû aux créanciers, il en résulte que les biens que leur débiteur a donnés, de son vivant, à ses successibles, sont, non plus dans son patrimoine, mais dans celui de ses héritiers : leur droit de préférence ne porte donc point sur les biens rapportés (1).

En résumé, comment faut-il entendre la règle, que les créanciers du défunt n'ont pas droit au rapport ?

Ainsi, la règle que le rapport n'est pas dû aux créanciers du défunt signifie : 1° qu'au cas d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, les créanciers du défunt ne peuvent pas être payés sur les biens que l'héritier bénéficiaire a reçus par donation du défunt, ou qu'il a obtenus par l'effet d'un rapport effectué par ses cohéritiers : ces biens composent le patrimoine personnel de l'*héritier*, sur lequel ils n'ont aucune action ; 2° qu'au cas d'une acceptation pure et simple, le droit de préférence qu'acquièrent les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines ne porte que sur les biens *laissés par le défunt*.

Pourquoi les créanciers du défunt n'ont-ils pas droit au rapport ?

409. — On demande souvent pourquoi les créanciers du défunt n'ont pas le droit d'exiger le rapport des choses données par le débiteur à ses successibles, ou d'en profiter quand il a été effectué.

Le premier consul ne comprenait pas que l'héritier bénéficiaire pût conserver des valeurs considérables provenant des biens du défunt, en présence de créanciers qui n'étaient pas intégralement payés. Ce résultat n'a cependant rien de choquant.

De deux choses l'une : ou le droit des créanciers est né *postérieurement* à la donation que le *de cujus* a faite à son successible, ou il est né *antérieurement*.

Si la créance est *postérieure*, quel motif y a-t-il de rescinder, dans l'intérêt des créanciers, l'aliénation d'un bien sur lequel ils n'ont pas dû compter, qu'ils n'ont pas dû considérer comme leur gage, puisqu'il n'était plus dans le patrimoine de leur débiteur, quand ils ont traité avec lui ? Un donataire étranger ne pourrait

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 515; Dem., t. III, n° 192 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 308 et 312; Demol., t. IV, n° 300.

pas être inquiété par eux : pourquoi le donataire successible n'aurait-il pas le même avantage ?

Si la créance est *antérieure*, la donation leur cause, il est vrai, un préjudice. Mais ils ont dû prévoir que leur débiteur, resté capable de s'obliger et d'aliéner, pourrait devenir insolvable, soit en contractant de nouvelles dettes, soit en aliénant ses biens : c'était à eux à se prémunir en exigeant des garanties, en se faisant donner des cautions, des hypothèques ! Les aliénations que leur débiteur a faites, les obligations qu'il a contractées, ils les ont approuvées d'avance en lui laissant la liberté de disposer de ses biens. Ils peuvent, sans doute, *lorsqu'elles sont frauduleuses*, les attaquer conformément à l'art. 1167 ; mais, dans notre espèce, ils ne prétendent point que la donation a été faite *en fraude de leurs droits*, ils en demandent le *rapport*. A ce point de vue, leur prétention n'est pas juste : car les biens sur lesquels ils comptaient, ayant été aliénés, sont sortis de leur gage en même temps que du patrimoine de leur débiteur. Cette aliénation doit être irrévocable quant à eux, comme elle le serait si le donataire, au lieu d'être le successible de leur débiteur, lui était étranger.

§ VIII. — *Comment s'effectue le rapport. — Ses effets.*

Art. 858.

Comment s'effectue le rapport ?

Qu'est-ce que le rapport *en nature* ?

Qu'est-ce que le rapport *en moins prenant* ?

Quand se fait-il *en nature* ? Quand *en moins prenant* ?

410. — Le rapport des legs se fait en *laissant* dans la masse les objets légués, en ne les réclamnt pas (voy. les nos 368, *in fine*, et 369).

Le rapport des choses données par acte entre-vifs s'effectue tantôt *en nature*, tantôt *en moins prenant*.

Le rapport *en nature* est celui qui s'effectue par la remise, dans la masse partageable, de la chose même qui a fait l'objet de la donation.

Le rapport *en moins prenant* est celui qui s'effectue soit par la déduction de ce qu'a reçu le donataire sur ce qu'il a le droit de prétendre, soit par le prélèvement d'une valeur égale à celle qu'il a reçue par ses cohéritiers non donataires.

La manière dont le rapport doit se faire dépend principalement de la *nature de la chose* qui a fait l'objet de la donation. Il faut, à cet égard, distinguer si elle est *immobilière* ou si elle est *mobilière* : au premier cas, en principe, le rapport se fait en nature, et, par exception, en moins prenant ; au deuxième, le rapport a toujours lieu en moins prenant (art. 859, 860, 866, 868).

Art. 859 et 865.

Le successible donataire d'un immeuble a-t-il une propriété irrévocable ?

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'il n'a qu'une propriété soumise à une condition résolutoire ?

411. — I. *Rapport des immeubles.* — Nous devons ici poser deux principes qui dominent toute la matière.

1er *principe*. Le successible donataire d'un immeuble en est propriétaire sous cette condition résolutoire, que la donation sera révoquée rétroactivement, c'est-à-dire considérée comme n'ayant jamais existé, *s'il devient héritier du donateur*. Répudie-t-il sa succession : la condition résolutoire sous laquelle il était propriétaire étant défaillie, il n'a aucun rapport à faire : son droit de pro-

priété devient irrévocable. L'accepte-t-il : la condition résolutoire étant réalisée, et réalisée du jour de l'ouverture de la succession (art. 777), il est alors réputé n'avoir jamais été propriétaire. Les hypothèques et les servitudes dont il a, *pendente conditione*, grevé l'immeuble sont réputées constituées *à non domino*, ce qui les fait rétroactivement tomber : c'est ce qu'exprime la loi, lorsqu'elle nous dit que l'immeuble rapporté rentre dans la succession franc et quitte de toutes charges créées par le donataire.

Si l'immeuble rapporté *en nature* tombe dans le lot de l'héritier qui l'a rapporté, les hypothèques et servitudes par lui constituées sont-elles maintenues?

412. — Il se peut que l'immeuble remis dans la masse partageable soit, par l'effet du partage, placé dans le lot de l'héritier qui a rapporté : les servitudes et hypothèques, révoquées par l'effet du rapport, revivent-elles alors sur l'immeuble revenu au donataire?

A ne s'attacher qu'à la subtilité juridique, la question devrait être résolue négativement. On dirait : Le rapport qui a fait tomber rétroactivement le droit de propriété du donataire a, du même coup, anéanti, rétroactivement aussi, les charges dont il l'avait grevé : le donataire a donc acquis *un droit nouveau*, qui a sa cause, non plus dans la donation, qui est réputée n'avoir jamais existé, mais dans sa qualité d'héritier. Or, il n'est pas tenu de respecter, à ce titre, des droits qu'il n'avait constitués que sous une condition résolutoire, maintenant réalisée.

Mais cette théorie est trop scolastique pour être vraie. Si, dans l'espèce, la loi résout la donation, si elle révoque les charges que le donataire a consenties, c'est uniquement afin que la donation ne nuise pas à ses cohéritiers. Or, lorsque, par l'effet du partage, l'immeuble rapporté lui fait retour, l'intérêt de ses cohéritiers étant alors sauvegardé, la résolution n'a plus de cause, et, *cessante causâ, cessat effectus*. On ne comprendrait pas, en effet, que la loi révoquât le droit dont le donataire est investi, pour le lui rendre aussitôt affranchi des hypothèques ou servitudes qu'il a librement consenties! L'art. 865, qui pose le principe, que l'immeuble rapporté rentre dans la succession franc et quitte des charges qui émanent du donataire, confirme notre système lorsqu'il réserve à ceux auxquels ces charges ont été consenties la faculté d'assister au partage *afin d'empêcher qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits*. Si les droits qu'ils ont acquis devaient être fatalement résolus dans tous les cas, soit que l'immeuble tombe dans le lot de l'un des cohéritiers du donataire, soit qu'il revienne à ce dernier, dans quel but la loi les autoriserait-elle à surveiller les opérations du partage (1)?

Art. 859 et 860.

Si le donataire de l'immeuble soumis au rapport l'a aliéné

413. — Si le donataire, au lieu de constituer des servitudes ou des hypothèques sur l'immeuble, c'est-à-dire de consentir des aliénations *partielles*, l'a aliéné *intégralement*, s'il l'a vendu ou donné, cette aliénation semblerait devoir être anéantie comme les aliéna-

(1) MM. Dur., t. VII, n° 404; Dem., t. III, n° 198 *bis*, III; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 339; Marc., art. 865; Demol., t. IV, n° 509; Duv.

avant l'ouverture de la succession, cette aliénation est-elle maintenue?

tions partielles. Il n'en est rien cependant. La loi, *quant à l'aliénation intégrale*, fait exception à la règle qu'on ne transmet que les droits qu'on a, tels qu'on les a. Le donataire qui n'a qu'une propriété révocable transmet donc une propriété irrévocable. Dans cette hypothèse, le donataire rapporte, non pas l'immeuble, puisqu'il ne l'a plus, non pas le prix qu'il en a retiré, car il l'a peut-être mal vendu, mais une somme représentative de sa valeur *au moment de l'ouverture de la succession*.

Pourquoi l'est-elle, tandis que les hypothèques et les servitudes sont révoquées par l'effet du rapport?

Mais pourquoi la loi maintient-elle l'aliénation intégrale de l'immeuble, tandis qu'elle révoque les hypothèques et les servitudes, tant réelles que personnelles, dont le donataire l'a grevé?

Si le donataire, a-t-on dit, n'avait pu, en aliénant, transmettre qu'un droit révocable comme le sien, il n'eût trouvé que bien difficilement des acquéreurs : une masse énorme d'immeubles eût été ainsi retirée du commerce, ce qui eût été contraire à l'intérêt général. Quant aux charges, servitudes ou hypothèques, la loi n'a pas cru que l'intérêt social fût ici assez engagé pour déroger au principe d'égalité qui veut que les immeubles soient rapportés dans leur intégralité, tels qu'ils étaient dans les mains du donateur.

Cette explication n'est pas très-satisfaisante : car la sécurité des hypothèques, ce moyen si puissant de crédit, mérite tout au moins autant de faveur que la libre circulation des immeubles.

J'en propose une autre. Le maintien de l'aliénation n'entrave en aucune façon l'exécution de l'obligation du rapport : rien n'est plus facile que de déterminer, en estimant l'immeuble aliéné, la valeur qui doit être rapportée à sa place. On ne peut pas en dire autant du maintien des charges réelles imposées sur l'immeuble, car il eût été extrêmement difficile d'apprécier la somme que le donataire eût été obligé de rapporter à la succession pour lui tenir compte de la valeur en moins résultant des charges : une telle appréciation eût donné lieu à des difficultés que le législateur a bien fait d'éviter (M. Val.).

Que doit le successible donataire d'un immeuble? Est-ce l'immeuble lui-même ou sa valeur?

414. — 2° *principe*. Le donataire de l'immeuble en est débiteur envers la succession, sous cette condition suspensive : *s'il devient et s'il reste héritier du donateur*. L'obligation du rapport a donc pour objet, non pas la valeur de l'immeuble, mais l'immeuble lui-même : c'est ce qu'exprime la loi lorsqu'elle dit que le rapport des immeubles se fait *en nature*. Ainsi, le donataire d'un immeuble est, envers la succession du donateur, débiteur d'un *corps certain*.

Quid, si l'immeuble soumis à rapport périt par cas fortuit?
Quid, s'il subit des détériorations ou s'il reçoit des améliorations?

Il en résulte : 1° que, si l'immeuble périt par cas fortuit, l'obligation conditionnelle de le rapporter est éteinte (art. 855) ;

2° Que la succession, lorsqu'il existe, le recouvre dans l'état où il se trouve au moment où elle est ouverte. En d'autres termes, l'immeuble est aux risques et profits de la succession. Vient-il à périr, cette perte est à sa charge ; éprouve-t-il des détériorations, c'est elle qui les subit. S'il s'améliore, tant mieux pour elle. Les

choses se passent, en un mot, comme s'il n'était jamais sorti du patrimoine du donateur.

Mais, bien entendu, nous raisonnons dans l'hypothèse d'une perte ou d'une amélioration *accidentelle* : car, si c'est par la *faute* du donataire que l'immeuble a péri ou qu'il s'est détérioré, la succession devra être indemnisée; de même qu'elle devra indemniser le donataire, si l'amélioration dont elle profite provient des dépenses qu'il a faites.

Quid, si les détériorations ou améliorations proviennent du fait du donataire?

415. — Nous avons jusqu'ici supposé que le donataire a encore, au jour de l'ouverture de la succession, la propriété de l'immeuble. Si nous nous plaçons dans l'hypothèse contraire, la théorie qui vient d'être exposée subira une modification importante.

Que doit le successible qui, avant l'ouverture de la succession, a aliéné l'immeuble?

Lorsque le donataire a aliéné l'immeuble, cette aliénation étant maintenue par la loi (voy. le n° 413), l'obligation de rapporter a pour objet, non plus *l'immeuble lui-même*, mais *une somme d'argent*.

La somme à rapporter doit être égale à la valeur de l'immeuble, estimé d'après l'état où il se trouve « *au moment de l'ouverture de la succession.* » On ne s'attache point au prix que le donataire a retiré de l'aliénation : qu'il soit très-élevé ou qu'il soit très-bas, le résultat est toujours le même : la succession reçoit en argent la valeur qu'elle aurait reçue en nature si l'immeuble n'eût pas été aliéné.

Quid, s'il en a été exproprié pour cause d'utilité publique ou si l'immeuble a péri par la faute d'un tiers?

Telle est la théorie qu'il faut suivre toutes les fois que le donataire a *volontairement* aliéné l'immeuble; mais elle est inapplicable au cas où l'aliénation a été *forcée*, lors, par exemple, que le donataire a été exproprié pour cause d'utilité publique. Dans cette hypothèse, le donataire *ne doit que le prix qu'il a retiré de l'aliénation*. L'aliénation forcée n'est, en effet, qu'un accident, un pur cas fortuit. Or, lorsque le donataire est dépouillé de l'immeuble par cas fortuit, que doit-il? absolument rien, s'il n'a reçu aucune indemnité; l'indemnité qu'il a reçue, si c'est par la faute d'un tiers que l'immeuble a péri. Le texte même de notre art. 860 confirme ce système. Il n'y est, en effet, parlé que du donataire qui *aliène* ; or, on ne dit point d'une personne qui cesse d'être propriétaire malgré elle qu'elle *aliène* : elle subit une aliénation, mais elle n'aliène point (1).

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que le donataire qui a aliéné l'immeuble doit à la succession une somme égale à la valeur de l'immeuble au moment de l'ouverture de la succession?

— Du principe que la somme à rapporter sera déterminée par la valeur qu'aura l'immeuble *au jour de l'ouverture de la succession*, il suit : 1° que, si à cette époque l'immeuble n'a aucune valeur, c'est-à-dire s'il a péri par cas fortuit, le donataire n'a rien à rapporter (2) ; 2° que la détérioration qu'il subit est à la charge de la succession, puisqu'elle diminue d'autant la somme que lui

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 517; Demol., t. IV, n° 523; Dem., t. III, n° 196 *bis*, I; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 342.

(2) MM. Dur., t. VII, n° 329; Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 517; Dem., t. III, n° 190 *bis*, II; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 342; Marc., art. 825; Demol., t. IV, n° 518.

devra le donataire ; 3° que, s'il s'améliore, cette amélioration profite à la succession, puisqu'elle augmente d'autant la somme à rapporter.

Mais, dès que la succession est ouverte, une novation s'opère, qui substitue à l'obligation de rapporter l'immeuble l'obligation de rapporter une somme représentative de sa valeur à cette époque ; cette somme est alors *invariablement* fixée : que l'immeuble périsse, se dégrade ou s'améliore, l'obligation du donataire reste la même (1).

L'immeuble est-il, *après* le décès du donateur, aux risques et périls de la succession ou du donataire ? Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

Voici donc la différence entre le cas où le donataire a conservé l'immeuble et le cas où il l'a aliéné. Dans la première hypothèse, l'immeuble est, *à toute époque*, aux risques et profits de la succession : qu'il périsse, se dégrade ou s'améliore, *avant* ou *après* le décès du donateur, c'est toujours pour elle qu'il périt, se dégrade ou s'améliore. Dans la deuxième, au contraire, les pertes ou améliorations survenues *avant* le décès du donateur nuisent ou profitent à la succession ; celles qui sont *postérieures* à cette époque ne la regardent point.

416. — Nous avons maintenant à parler des améliorations et des détériorations provenant du fait du donataire.

Art. 861 et 862.

1° *Dépenses d'entretien.* — Ces dépenses restent au compte du donataire, car elles sont la charge naturelle des fruits qu'il a perçus. Mais, bien entendu, celles qui sont faites depuis le décès du donateur doivent être supportées par la succession.

Qui supporte les dépenses d'entretien qui ont été faites par le donataire de l'immeuble ?

2° *Dépenses voluptuaires.* — Ces dépenses n'augmentent point la valeur de l'immeuble ; la succession n'en a point profité : ce n'est donc pas à elle à les supporter. Elle doit toutefois permettre au donataire d'enlever tout ce qui peut l'être *sine rei detrimento*.

Quid des dépenses voluptuaires ?

3° *Dépenses qu'a nécessitées la conservation de l'immeuble*, ou *dépenses nécessaires.* — Il en doit être tenu compte au donataire, bien qu'elles n'aient point augmenté la valeur de l'immeuble : car elles ont, en le *conservant*, enrichi la succession. Bien plus ! elles seraient dues au donataire, *même au cas où l'immeuble qu'elles ont conservé viendrait ensuite à périr par cas fortuit.* Le *de cujus*, en effet, les eût faites lui-même s'il n'eût pas donné l'immeuble ; la somme qu'il aurait ainsi dépensée ne se serait donc point trouvée dans sa succession. Or, si la donation qu'il a faite à l'un de ses successibles ne doit pas nuire aux autres, il ne faut pas non plus qu'elle leur profite, aux dépens du donataire (2).

Quid des dépenses nécessaires ? La succession doit-elle les supporter, si l'immeuble a péri par cas fortuit avant le décès du donateur ?

4° *Dépenses utiles.* — Ici le principe est différent. Et d'abord, la succession ne doit pas compte au donataire de toute sa dépense ; elle n'est tenue envers lui que jusqu'à concurrence du gain qu'elle en a retiré, c'est-à-dire jusqu'à concurrence *de la plus-value* qui en est résultée. Il ne suffit même pas qu'il y ait eu plus-value au

Quid des dépenses utiles ?

Quelle est la plus-

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 510 et 517 ; Dem., t. III, n° 190 *bis* et 190 *bis*, II ; Demol., t. IV, n° 519.

(2) MM. Val.; Dem., t. III, n° 197 *bis*, IV ; Demol., t. IV, n° 494.

moment où la dépense a été faite; il faut que cette plus-value existe encore à une certaine époque que la loi détermine.

Quelle est cette époque? C'est, dit l'art. 861, *celle du partage*. Pris à la lettre, l'art. 861 nous conduit à cette conséquence, que le donataire n'a rien à réclamer si la plus-value qui existait *au moment de l'ouverture de la succession* a, par suite d'un cas fortuit, disparu dans l'intervalle de cette époque à celle du partage. C'est ainsi que l'entendent de très-bons esprits.

417. — Je ne partage point leur avis. Si je ne me trompe, c'est *au moment même de l'ouverture de la succession* qu'il faut examiner si la dépense a produit une plus-value, et quel en est le *quantum*: car, en se plaçant *au moment du partage*, on se trouve en contradiction manifeste avec l'art. 860, en même temps qu'on est conduit à des conséquences inadmissibles, tant elles sont injustes.

Nous savons que le donataire qui a aliéné l'immeuble doit rapporter une somme représentative de sa valeur *au moment de l'ouverture de la succession* (art. 860). Cela posé, faisons l'espèce suivante : l'immeuble sur lequel les dépenses ont été faites valait 1,000 fr. quand le donataire l'a reçu ; il en vaut 2,000 *au moment de l'ouverture de la succession*. Mais, dans l'intervalle de cette époque à celle du partage, la plus-value résultant des dépenses est enlevée par suite d'un cas fortuit, et l'immeuble ramené à sa valeur primitive, 1,000 fr. Les cohéritiers du donataire pourront-ils donc dire : « L'immeuble valait 2,000 fr. *au moment de l'ouverture de la succession*: c'est, par conséquent, 2,000 fr. que vous avez à rapporter (art. 860). Il est vrai que dans cette somme se trouvait comprise une plus-value de 1,000 fr. résultant de vos dépenses ; mais nous ne vous en devons aucun compte, car elle n'existait plus *au moment du partage* (art. 861). Ainsi c'est 2,000 fr., *sans aucune déduction*, que vous nous devez » ?

N'est-il pas évident que ce résultat est souverainement injuste? Le donataire, qui n'eût rapporté que 1,000 fr. s'il n'eût pas fait les dépenses qui ont produit la plus-value, se trouve débiteur de 2,000 fr., parce qu'il les a faites, et aucune indemnité ne lui est due ! la succession s'enrichit à ses dépens de la somme qu'il a déboursée ! Au lieu de rétablir l'égalité, on tombe dans l'inégalité la plus injuste. Ce résultat n'est donc pas admissible.

Dès l'ouverture de la succession, la loi substitue, au lieu et place de l'immeuble qui ne peut plus être rapporté en nature, une somme d'argent représentative de sa valeur à cette époque, mais sous la déduction de la plus-value résultant des dépenses qui ont été faites. Une fois déterminée, cette somme est invariable. Tout est réglé définitivement : les événements ultérieurs ne sont point à considérer.

C'est par inadvertance que les mots *au moment du partage* ont été conservés dans l'art. 861. Selon l'ancien droit, le rapport se faisait toujours eu égard à la valeur de l'immeuble *au moment du partage* : c'était, par conséquent, à cette époque qu'on ap-

value dont la succession est comptable envers le donataire? Est-ce la plus-value existant *au moment de l'ouverture de la succession*, ou la plus-value existant *au moment du partage*?

préciait la plus-value résultant des dépenses que le donataire avait faites. L'art. 860, dans sa première rédaction, consacrait cette théorie. Ce ne fut qu'après coup qu'on remplaça les mots : *au moment du partage*, par ceux-ci : *au moment de l'ouverture de la succession*. Cette innovation faite, on eût dû également remplacer les mêmes mots, qui se trouvent dans l'art. 861, comme on les avait remplacés dans l'art. 860 ; mais ils y furent laissés par mégarde (1).

Toutefois, nous trouverons bientôt un cas où, par exception, la valeur de l'immeuble se détermine eu égard à son état au moment du partage (voy., ci-dessous, le 2° du n° 421).

Art. 867.

Quelle garantie la loi accorde-t-elle au donataire qui a le droit d'exiger de la succession les dépenses qu'il a faites sur l'immeuble soumis au rapport? Comment s'appelle cette garantie? Sur quel principe est-elle fondée?

418. — Dans tous les cas où le donataire est créancier de la succession, par suite des dépenses qu'il a faites sur l'immeuble à rapporter, la loi l'autorise à le conserver à titre de gage tant qu'il n'est pas complétement indemnisé. Ce gage légal, appelé *droit de rétention*, est fondé sur ce principe d'équité, que, lorsque deux obligations sont corrélatives, nées de la même affaire, celle des parties qui n'exécute pas son obligation ne peut pas forcer l'autre à exécuter la sienne (voy., au t. III, les nos 1241 et s.).

Art. 863.

Le donataire est-il responsable des détériorations?

418 *bis*. — *Détériorations*. — Le donataire doit tenir compte à la succession de toutes les détériorations qui proviennent de sa faute, jusqu'à concurrence de la moins-value *au moment de l'ouverture de la succession*.

Art. 864.

Quid des améliorations ou détériorations provenant du fait ou de la faute de ceux auxquels il a aliéné l'immeuble? En résumé, comment se fait le rapport des immeubles? Dans quel cas a-t-il lieu *en moins prenant*?

419. — Remarquons, en terminant, qu'au cas où le donataire a aliéné l'immeuble, les améliorations ou détériorations provenant de l'acquéreur, son ayant-cause, doivent être réglées comme si elles émanaient de lui-même.

420. — En résumé, le rapport des immeubles se fait *en nature*. Par exception, il se fait *en moins prenant* :

1° Lorsque l'immeuble a été *volontairement* aliéné : le donataire doit alors, non pas le prix qu'il a retiré de l'aliénation, mais une somme représentative de la valeur réelle de l'immeuble au moment de l'ouverture de la succession.

2° Lorsque le donataire a *subi* une aliénation, ou plus généralement lorsqu'il a, sans son fait ou sa faute, perdu l'immeuble : il doit alors, non pas une somme représentative de l'immeuble au moment de l'ouverture de la succession, mais le prix de l'aliénation qu'il a subie ou l'indemnité qui lui a été payée à l'occasion de la perte de l'immeuble.

3° Lorsque l'immeuble a péri *par la faute* du donataire : il doit alors une somme représentative de la valeur qu'aurait l'immeuble au moment de l'ouverture de la succession, s'il n'eût pas péri.

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 537; Dem., t. III, n° 197 *bis*, I ; Duv. — *Contrà*, MM. Dur., t. VII, n° 386; Aubry et Rau, sur Zach., t. V, p. 337; Demol., t. IV, n° 499. Ces derniers auteurs pensent que notre art. 861 est trop formellement précis dans ses termes pour qu'il soit permis de s'en écarter.

Art. 859.

4° Lorsqu'il existe dans la succession d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots *à peu près* égaux pour les autres héritiers. Dans cette hypothèse, le donataire conserve (on suppose dans l'espèce qu'il ne l'a pas aliéné) l'immeuble sujet à rapport, et chacun de ses cohéritiers prélève dans la succession un immeuble semblable à celui qu'il a reçu. De cette manière, personne ne souffre : le donataire est autorisé à conserver un immeuble auquel il attache peut-être un grand prix d'affection, et chacun de ses cohéritiers reçoit un lot égal au sien.

Pourquoi se fait-il en moins prenant quand il y a dans la succession d'autres immeubles dont on peut former pour les autres héritiers des lots à peu près égaux?

421. — Remarquons : 1° qu'il suffit d'une certaine égalité entre l'immeuble sujet à rapport et les immeubles qui se trouvent dans la succession, pour que le donataire soit dispensé de faire le rapport en nature; cela résulte de ces mots de l'art. 859 : *à peu près égaux*. S'il n'existe entre eux qu'une légère différence, on rétablit l'égalité, soit au moyen de soultes ou retours de lots, soit en mettant dans le lot le plus faible en immeubles une quantité de meubles suffisante pour égaliser les lots.

Quid, s'il existe entre eux une légère différence?

2° Qu'il faut ici considérer la valeur de l'immeuble sujet à rapport, non pas d'après son état *au moment de l'ouverture de la succession*, mais *au moment du partage* : l'art. 860, qui veut que l'on considère la valeur de l'immeuble au moment de l'ouverture de la succession, ne s'applique qu'au cas où le rapport se fait en moins prenant, *parce que l'immeuble a été aliéné*. Lorsque le rapport se fait en moins prenant, *parce que les cohéritiers du donataire prélèvent chacun un immeuble égal à celui qu'il conserve*, le rapport est alors une véritable opération de partage : si le donataire retient l'immeuble qui lui a été donné, c'est moins comme donataire que comme copartageant. Les choses se passent comme s'il eût rapporté l'immeuble en nature, et qu'ensuite ses cohéritiers eussent consenti, par amitié pour lui, à comprendre dans son lot ce même immeuble (1).

Quelle est la valeur de l'immeuble qu'il faut considérer?

L'art. 860 s'applique-t-il ici?

3° Que le rapport en moins prenant est, dans notre espèce, purement *facultatif* : le donataire peut donc, s'il le veut, faire un rapport en nature, afin de courir la chance d'obtenir, par l'effet du partage, un autre immeuble qui lui convient mieux que celui qui lui a été donné.

Le rapport en moins prenant est-il, dans l'espèce que nous étudions, obligatoire ou facultatif?

Quid, si, dans la même espèce, l'immeuble a été aliéné?

4° Que, si le donataire a aliéné l'immeuble, et s'il existe dans la succession d'autres immeubles à peu près égaux, ses cohéritiers peuvent les prélever : c'est, en effet, la seule manière de maintenir l'égalité. Mais l'immeuble à prélever ne doit point dépasser la valeur qu'aurait, *au moment de l'ouverture de la succession*, l'immeuble aliéné : l'art. 860 reçoit ici son application.

Art. 866.

422. — *Espèce particulière prévue et réglée par l'art.* 866. — Cet article, supposant qu'un immeuble, qui a été donné *avec dispense*

Comment se fait le

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 196 *bis*, II; Demol., t. IV, n° 525. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 340.

rapport lorsqu'un immeuble qui a été donné avec dispense de rapport excède la quotité disponible? S'agit-il alors d'un véritable rapport?

de rapport, excède la quotité disponible, règle le *rapport* de l'excédant. Je fais remarquer d'abord qu'il s'agit ici, non pas d'un rapport proprement dit, car les libéralités faites *par préciput* ne sont pas sujettes à rapport, mais d'une question de réserve, de *réduction*.

Toutefois, bien qu'il n'y ait pas lieu à un rapport proprement dit, il y a néanmoins une remise à faire à la succession, la remise de l'excédant de l'immeuble sur la quotité disponible. Comment s'opère cette remise? Deux cas sont à considérer :

La remise s'opère toujours en nature, *lorsque le retranchement de l'excédant peut être fait commodément*. Tel est, par exemple, le cas où l'immeuble est une prairie.

Si, au contraire, la séparation n'est pas possible, ou si elle ne peut pas être faite commodément, c'est-à-dire sans dépréciation notable pour chacune des parties de l'immeuble, on fait alors l'application de la règle : *major pars trahit ad se minorem*. La portion à retrancher (la portion réservée) est-elle plus forte que la portion que le donataire a droit de conserver (la portion disponible) : l'immeuble *tout entier* doit être remis dans la succession, sauf au donataire à prélever, sur la masse, la portion disponible. La portion à retrancher est-elle plus faible : le donataire conserve l'immeuble en totalité, sauf à récompenser ses cohéritiers en argent, ou en moins prenant. Soient une quotité disponible de 25,000 fr. et une usine valant 60,000 fr. : la portion à retrancher étant de 35,000 fr. sur 60,000, le donataire remet l'usine en totalité à la succession et prélève sur la masse la quotité disponible, 25,000 fr. Si l'usine ne vaut que 40,000 fr., la portion à retrancher étant de 15,000 fr. sur 40,000, le donataire garde l'usine et rapporte en moins prenant 15,000 fr. Enfin, dans le cas où les deux portions sont égales, la question de savoir si le retranchement doit être effectué en nature ou en moins prenant doit être résolue d'après les circonstances, suivant que l'intérêt du donataire à faire le rapport en moins prenant sera ou non plus grand que l'intérêt qu'ont ses cohéritiers à obtenir le rapport en nature.

Art. 868.

Comment se fait le rapport des meubles? Quel droit le successible a-t-il acquis sur les meubles que le défunt lui a donnés? Que doit-il rapporter?

423. — II. *Rapport des meubles*. — Le rapport des meubles ou des sommes d'argent se fait toujours *en moins prenant*. Le successible qui reçoit des meubles en acquiert la propriété incommutable : il devient *irrévocablement* propriétaire, et contracte l'obligation de rapporter, *s'il accepte la succession du donateur*, non pas les *objets mêmes* qui lui ont été donnés, mais une somme représentative de leur valeur, d'après leur état *au moment de la donation*. Son obligation a donc pour objet, non pas un corps certain, un objet individuellement déterminé, mais une quantité, un genre. Que les meubles compris dans la donation périssent, se dégradent ou s'améliorent, peu importe, puisque ce ne sont pas eux qui doivent être rapportés : ces accidents ne peuvent pas modifier son obligation, puisqu'elle a pour objet une chose qui, par sa nature, est impérissable et non susceptible d'accroissement, une quantité.

Les objets mêmes qui lui ont été donnés ou leur valeur? Et quelle valeur? *Quid*, si les meubles qui lui ont été donnés ont ensuite péri par cas fortuit?

Dès l'instant de la donation, tout est fixé d'une manière *invariable*.

Ainsi, tandis que les immeubles sont aux risques et profits de la succession (voy. le n° 414), les meubles sont aux risques et profits du successible donataire. *Primus* a reçu un immeuble, *Secundus* des meubles meublants ; l'immeuble et les meubles meublants périssent par cas fortuit : l'obligation de *Primus* est éteinte faute d'objet (art. 1302) ; celle de *Secundus* subsiste : il doit rapporter la somme représentative de la valeur qu'avaient, *au moment de la donation*, les objets qui lui ont été donnés.

Quelle différence y a-t-il entre le rapport des immeubles et le rapport des meubles?

424. — En cas d'aliénation de l'immeuble par le donataire, le rapport qui se fait alors en moins prenant a aussi pour objet une somme représentative de l'objet qui avait été donné ; mais ce rapport en moins prenant diffère, en un point essentiel, du rapport en moins prenant appliqué à des meubles. Dans le premier cas, le donataire devant rapporter une somme représentative, non pas de la valeur de l'immeuble d'après son état *au moment de la donation*, mais de sa valeur *au moment de l'ouverture de la succession*, il en résulte que son obligation s'augmente, s'amoindrit ou s'éteint, suivant que l'immeuble s'améliore, se dégrade ou périt par cas fortuit (voy. le n° 415). Dans le deuxième, au contraire, le donataire étant débiteur d'une somme représentative de la valeur que les meubles qui lui ont été donnés avaient *au moment de la donation*, il en résulte qu'on ne doit avoir égard ni aux améliorations ni aux dégradations qu'ils ont reçues ou subies depuis la donation.

Quelle différence entre le rapport en moins prenant appliqué à un immeuble et le même rapport quant aux meubles?

Comment connaît-on la valeur qu'avaient les meubles au moment de la donation?

Quid à défaut de l'état estimatif?

Mais l'absence de l'état estimatif n'entraîne-t-elle point la nullité de la donation?

Dès lors, peut-il y avoir lieu à rapport?

425. — La valeur qu'avaient les meubles au moment de la donation sera ordinairement connue *par l'état estimatif qui l'accompagne :* car, aux termes de l'art. 948, les libéralités mobilières ne sont valablement faites qu'autant qu'un état estimatif des objets qu'elles comprennent est annexé à la minute de l'acte de donation. — *A défaut de cet état estimatif*, leur valeur sera déterminée par des experts, à juste prix et sans crue. Mais, dira-t-on, si les libéralités mobilières ne sont valables qu'autant qu'on a soin d'annexer à la minute de l'acte de donation un état estimatif des objets qu'elle comprend, il est inutile de prévoir le cas où cet état estimatif fait défaut. De deux choses l'une : ou il existe, et alors l'expertise n'est pas nécessaire ; ou il n'existe pas, et alors, la donation étant nulle, il ne peut être question de rapport. Il faut répondre que la libéralité est valable, et, par conséquent, l'expertise nécessaire, dans deux cas, à savoir : 1° lorsque l'état estimatif qui a été dressé s'est égaré ; 2° lorsqu'il s'agit d'une donation effectuée au moyen d'une tradition des objets : les donations manuelles sont, en effet, dispensées de la nécessité de l'état estimatif. (Voy. le n° 680.)

Art. 869.

Quand la chose qui a été donnée est *une somme d'argent*, comment se fait le rapport?

426. — Le rapport de l'argent donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession. En cas d'insuffisance, le donataire *peut se dispenser* de rapporter du numéraire, en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier, et, à défaut de

Quid, s'il n'y a pas de numéraire dans la succession?

mobilier, des immeubles de la succession. *Peut se dispenser...* J'en conclus qu'à défaut de numéraire dans la succession, le donataire pourra, à son choix, verser dans la masse une somme égale à celle qu'il a reçue, ce qui sera scrupuleusement rétablir l'égalité, ou exiger que ses cohéritiers prélèvent des meubles, et, à défaut de meubles, des immeubles, jusqu'à concurrence d'une valeur égale à la somme qu'il a reçue.

L'art. 869 s'applique-t-il au cas où le donataire a reçu, non pas une somme d'argent, mais d'autres meubles dont il doit rapporter la valeur? Comment se fait le rapport en ce cas?

Remarquons, en outre, que cette théorie ne s'applique qu'au cas où le successible a reçu du défunt une *somme d'argent*. Cela résulte clairement de ces mots qu'emploie l'art. 869 : « le rapport *de l'argent donné*. » Lors donc que le successible a reçu des meubles d'une autre espèce, par exemple, des meubles meublants, quoiqu'il soit, dans ce cas, débiteur d'une somme représentative de la valeur qu'avaient, au moment de la donation, les objets qu'il a reçus du défunt, ses cohéritiers peuvent exiger, et il peut exiger lui-même, que le rapport en moins prenant s'effectue en meubles, et jusqu'à concurrence d'une valeur égale à celle qu'avaient ceux que le défunt lui a donnés. Ainsi, dans l'espèce, ils prélèveront des meubles meublants, parce qu'il avait reçu des meubles meublants. Autrement, l'égalité ne serait pas exactement rétablie. Ce n'est qu'à défaut de meubles semblables à ceux que le successible a reçus que le rapport devra être effectué conformément au principe de l'art. 869.

Pourquoi les immeubles sont-ils rapportables *en nature*, tandis que les meubles sont rapportables *en moins prenant*?

427. — En principe, les immeubles se rapportent *en nature;* ce n'est que par exception qu'ils se rapportent *en moins prenant*. Les meubles se rapportent *toujours* en moins prenant. D'où vient cette différence? Quant aux immeubles, le rapport a lieu en nature, parce que c'est la seule manière de rétablir parfaitement l'égalité entre les héritiers, et de remettre les choses en l'état où elles seraient si le *de cujus* n'eût pas fait la donation. Le même principe demandait sans doute qu'il en fût ainsi du rapport des meubles. Mais on comprend sans peine que le rapport *en nature* des choses qui se consomment *primo usu*, telles que l'argent comptant, les grains, les liqueurs, n'était pas possible : car, si le donataire eût été obligé de rapporter ces objets dans *leur individualité*, la donation qui lui a été faite n'eût été pour lui, qu'un dépôt inutile et dangereux. Quant aux choses qui ne se consomment pas *primo usu*, telles que des meubles meublants, le rapport en nature n'eût point rétabli l'égalité : le donataire aurait eu tout le bénéfice de la donation ; il n'eût fait qu'un rapport dérisoire, car il n'eût rapporté le plus souvent que des débris ou des meubles vermoulus.

Les meubles *incorporels*, tels qu'une créance, une rente, doivent-ils être rapportés comme les *immeubles* ou comme les *meubles corporels*? Quel est l'intérêt de cette question?

428. — Reste une question à examiner : les meubles *incorporels*, tels qu'une créance ou une rente, doivent-ils être rapportés en moins prenant comme les meubles *corporels*, ou en nature comme les immeubles? La question est importante. Un père a donné à l'un de ses fils une créance qu'il avait sur un tiers ; le donataire a perdu cette créance par suite d'un cas fortuit, tel que la faillite du débiteur : son obligation de rapporter est-elle éteinte ou sub-

siste-t-elle ? Elle est éteinte si le rapport des meubles incorporels doit, comme celui des immeubles, se faire en nature ; elle subsiste dans le cas contraire (voy. le n° 423).

Quelques personnes soutiennent que la règle de l'art. 868, qui veut que le rapport du mobilier se fasse en moins prenant, est fondée sur des motifs qui ne se rencontrent plus quand il s'agit de meubles *incorporels* : Les créances ou les rentes, etc., ne sont pas, en effet, comme les meubles corporels, soumises à des dépréciations rapides ; l'usage et le temps ne les détériorent pas. En disant que la valeur du mobilier sera déterminée par l'état estimatif, l'art. 868 montre d'ailleurs plus clairement qu'il est étranger aux meubles *incorporels* : car les donations qui ont pour objet des choses de cette nature ne sont pas soumises à la formalité de l'état estimatif. Il le montre mieux encore en disant qu'à défaut d'état estimatif, la valeur des meubles compris dans la donation sera déterminée par des experts : car il serait à peu près impossible de savoir quelle était la valeur vénale de la créance ou de la rente au moment de la donation. Il faudrait, pour cela, étudier quel était alors le degré de solvabilité du débiteur, et rien ne serait plus difficile ni plus arbitraire qu'une semblable appréciation.

Dans ce système, ce qui doit être rapporté, c'est la créance, la rente, la chose incorporelle qui a fait l'objet de la donation. Le donataire la rapporte dans l'état où elle se trouve au moment du décès du donateur, pourvu que les dépréciations qu'elle a subies ne proviennent pas de sa faute ou de sa négligence (art. 1567, arg. d'anal.). Si elle a péri par cas fortuit, le donataire n'a rien à rapporter : *debitor rei certæ interitu ejus liberatur* (art. 1302).

429. — Ce système, quoique fort raisonnable, me semble trop directement contraire au texte de la loi pour être admis. Le Code a réglementé le rapport des *immeubles*, dans les art. 859 à 867 ; le rapport du *mobilier*, dans l'art. 868. Le mot *mobilier*, employé dans ce dernier article, a, par conséquent, un sens général, applicable tant aux meubles incorporels qu'aux meubles corporels : car, aux termes de l'art. 535, cette expression *mobilier* s'entend de toute chose qui n'est pas immobilière, surtout lorsqu'elle est employée, comme dans notre espèce, par opposition au mot *immeuble*. — On ne saurait admettre le système contraire sans supposer que le législateur a oublié de réglementer le rapport des meubles incorporels ; or, un tel oubli, portant sur des choses si connues et d'une si grande importance, n'est pas présumable.

Dans notre système, le successible qui a reçu une créance, une rente perpétuelle ou viagère, un usufruit mobilier, doit rapporter, non pas la chose incorporelle, le droit qui lui a été donné, mais une somme représentative de sa valeur, d'après son état au moment de la donation. Si la créance, la rente, l'action, Lorsque la chose

donnée est un meuble incorporel, comment connaît-on la valeur qu'elle avait au moment de la donation?

qui a fait l'objet de la donation, était cotée à la Bourse au moment de la donation, la valeur en sera naturellement déterminée, et c'est cette valeur qui devra être rapportée. A défaut de ce moyen d'appréciation, s'il s'a git, par exemple, d'une créance ou d'une rente sur un simple particulier, les experts procéderont par voie d'estimation. Cette appréciation sera sans doute fort incertaine ; mais l'est-elle moins lorsqu'il s'agit de meubles corporels qui ont péri depuis la donation et dont il n'existe point d'état estimatif (1) ?

SECTION III. — DU PAIEMENT DES DETTES (2).

9e *Répétition.*

§ I. — *Règles générales. — De la contribution et de l'obligation aux dettes.*

Art. 870 et 873.

430. — Dans quelle proportion les dettes du défunt doivent-elles être supportées par ses héritiers ou successeurs ? Dans quelle proportion chacun d'eux peut-il *être actionné* par les créanciers ? Le Code répond à la première question dans les art. 870 et 871, à la seconde dans l'art. 873.

Notre matière implique donc deux aspects à considérer, savoir :

D'une part, *la contribution aux dettes ;*

D'autre part, *l'obligation aux dettes*, ou, en d'autres termes, *le droit de poursuite des créanciers.*

Qu'est-ce que la *contribution* aux dettes?

L'obligation aux dettes?

Ne peut-il pas se faire qu'on soit *obligé* au paiement d'une dette pour une portion plus forte que celle pour laquelle on doit *contribuer?*

Ou même qu'on soit *obligé pour le tout*, bien qu'on ne doive *contribuer pour aucune portion?*

La *contribution aux dettes* est le règlement de la portion de dettes que chaque héritier doit supporter *définitivement*, dans ses rapports avec ses cohéritiers. — L'*obligation aux dettes* est le règlement de la portion de dettes pour laquelle chaque héritier peut être poursuivi par les créanciers.

Ces deux idées ne doivent pas être confondues : car souvent il arrive qu'un héritier peut être, sur la poursuite des créanciers, contraint de payer une portion de dettes plus considérable que celle qu'il doit définitivement supporter dans ses rapports avec ses cohéritiers. *Paul*, qui a emprunté 9,000 fr., avec hypothèque sur sa maison, meurt laissant trois fils : dans leurs rapports entre eux, chaque héritier doit supporter un tiers de la dette, 3,000 fr. (art. 870) ; mais celui d'entre eux qui a dans son lot la maison affectée par hypothèque au paiement de la dette peut être pour-

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 201 *bis*, IV; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 344; Demol., t. IV, n° 547. — *Contrà*, Marc., art. 868.

(2) Ce que je dirai des *dettes* du défunt s'appliquera également aux *charges* de la succession, c'est-à-dire aux frais mortuaires, de scellés ou d'inventaire.. Mais notez 1° que les charges sont payées avant les dettes : la loi accorde un privilége à ceux auxquels elles sont dues (art. 2101, 1° et 2°); 2° que celui des héritiers qui a commandé *en son propre nom* les funérailles du défunt est tenu de les payer intégralement, soit qu'il accepte, soit qu'il renonce.

suivi pour le tout par le créancier hypothécaire et contraint de payer 9,000 fr., sauf son recours contre ses cohéritiers (art. 873).

Nous verrons même bientôt qu'un successeur peut être quelquefois dans la nécessité légale de payer *en totalité* une dette dont pourtant il ne doit supporter *aucune portion* dans ses rapports avec ses cosuccesseurs (voy. les nos 446, 447 et 434).

§ II. — *Par quelles personnes les dettes du défunt doivent être payées et supportées.*

Art. 871.

Par quelles personnes doivent être payées et supportées les dettes du défunt?

431. — Elles doivent l'être :

1° Par ses héritiers légitimes ;

2° Par ses successeurs irréguliers ;

3° Par ses légataires universels ou à titre universel ;

4° Par ses donataires universels ou à titre universel (voy. art. 1082 et suiv.).

Pourquoi les *héritiers* légitimes sont-ils tenus de payer les dettes?

432. — Les héritiers légitimes sont tenus de les payer *parce qu'ils continuent la personne du défunt, parce qu'ils le représentent.* Ils sont réputés, par suite de cette fiction légale, être les auteurs de tous les faits juridiques qui ont donné naissance aux obligations dont était tenu leur parent (voy. le n° 32).

Pourquoi les simples successeurs aux biens en sont-ils tenus?

Ceux qui succèdent, non pas à la personne du défunt, mais à ses biens, qui ne le représentent pas, c'est-à-dire ses successeurs irréguliers, ses légataires et donataires universels ou à titre universel, sont tenus de les payer, *parce que, le patrimoine qu'il a laissé étant le gage de ses créanciers, il est juste que ce patrimoine ne leur passe qu'avec la charge dont il était précédemment grevé.* C'est un principe d'équité naturelle, qu'il n'y a de biens que déduction faite des dettes : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Ainsi, toute universalité de biens laissée par un défunt est, de plein droit, chargée de l'universalité de ses dettes (voy. le n° 32).

Quelle différence y a-t-il, quant au paiement des dettes, entre ces deux classes de successeurs?

Les héritiers sont tenus des dettes du défunt *ultrà vires successionis*, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire (voy. le n° 32).

Les successeurs, qui n'en sont tenus qu'en vertu du principe : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, ne les paient qu'*intrà vires bonorum* (voy. le n° 32).

Comment faut-il entendre la règle que les légataires particuliers ne contribuent pas au paiement des dettes?

433. — Les légataires *particuliers* ne contribuent point avec les successeurs universels au paiement des dettes du défunt.

Cette règle doit être bien comprise. Elle ne signifie point que les legs particuliers devront être *intégralement* acquittés par les héritiers ou successeurs universels, alors même que *les sommes ou valeurs léguées excéderaient ce qui reste des biens disponibles après les dettes payées.* Il faut l'entendre en ce sens que les legs particuliers doivent être acquittés *sans aucune déduction, lorsque, après les dettes payées, il reste assez de biens pour les acquitter tous et chacun intégralement.*

Le *de cujus* a laissé 100,000 fr. de biens, 90,000 fr. de dettes et

un legs de 10,000 fr. Si le légataire particulier devait contribuer au paiement des dettes, on dirait : Il prend 10,000 fr. sur 100,000 fr., c'est-à-dire, un dixième de l'actif: en conséquence, il doit supporter un dixième du passif, c'est-à-dire, dans l'espèce, un dixième de 90,000 ou 9,000. Dans ce système, le légataire ne conserverait en définitive que 1,000 fr. Mais ce n'est pas celui de la loi. Dans l'espèce, le légataire reçoit, sans aucune déduction, sans aucune participation au paiement des dettes, les 10,000 fr. qui lui ont été légués : car ce qui reste des biens, après les dettes déduites, suffit pour faire face au legs.

Maintenant, supposons que le chiffre des dettes soit de 95,000 fr. Dans ce cas, le légataire particulier ne recevra pas tout ce qui lui a été légué : car, l'excédant de l'actif sur le passif étant de 5,000 fr. seulement, son legs sera nécessairement limité à cette somme, conformément au principe que les legs *ne se paient que sur les biens du défunt, déduction faite de ses dettes* (voy. le n° 236).

En résumé, l'excédant de l'actif sur le passif est-il égal ou supérieur au montant des valeurs léguées : tous les legs sont acquittés intégralement. Est-il inférieur : chacun des legs subit une réduction proportionnelle. Que si l'actif est absorbé par le passif, tous les legs sont caducs.

Art. 874.

Sont-ils quelquefois *obligés* au paiement d'une dette ? Quand cela a-t-il lieu ? *Quid* alors s'ils paient la dette ?

434. — Les créanciers n'ont, en principe, aucun droit de poursuite contre les légataires particuliers. Toutefois, il en est différemment dans le cas où la chose léguée est un immeuble affecté par hypothèque au paiement d'une dette du défunt. Les créanciers qui ont une hypothèque peuvent, en effet, poursuivre, partout où il passe, l'immeuble sur lequel elle porte, et forcer la personne qui l'a reçu de leur débiteur, par achat, échange, donation ou legs, de leur en faire l'abandon, si elle ne préfère le conserver en acquittant la dette au paiement de laquelle il a été affecté (art. 2166 et suiv.). Ainsi, le légataire qui ne veut ni payer la dette, ni délaisser l'immeuble hypothéqué, peut en être exproprié sur la poursuite du créancier. Mais, soit qu'il paie, soit qu'il délaisse l'immeuble, soit qu'il en subisse l'expropriation, un recours lui est ouvert contre ceux dont il a éteint la dette : car c'est avec son propre argent ou sa propre chose qu'ils ont été libérés.

En résumé, le légataire particulier d'un immeuble hypothéqué est soumis à l'action hypothécaire du créancier, sauf son recours contre qui de droit. Nous dirons tout à l'heure contre quelles personnes et par quelles actions il l'exerce.

Pourquoi les légataires particuliers ne contribuent-ils point au paiement des dettes ?

435. — L'avantage accordé aux légataires particuliers de ne pas contribuer au paiement des dettes est fondé :

1° Sur l'intention probable du testateur ;

2° Sur une considération d'ordre public.

1° *Sur l'intention probable du testateur*... Celui qui lègue l'universalité de ses biens, ou une fraction, un tiers, un quart de cette universalité, ne précise point, par un chiffre déterminé, l'émolument dont il entend gratifier le légataire. Ce n'est pas telle somme

plutôt que telle autre ; il lègue sa fortune ou une portion de sa fortune, telle qu'elle se comporte, dettes et biens. Il n'en est point de même de celui qui fait un legs particulier, qui, par exemple, lègue telle somme ou tel immeuble. Celui-là, en effet, précise la libéralité qu'il veut faire : c'est un droit intact, pur, sans mélange d'obligation, qu'il entend transmettre, 10,000 fr., si c'est 10,000 fr. qu'il a légués. Le légataire ne recevrait donc pas, s'il devait supporter une portion des dettes, tout ce que le *de cujus* a voulu lui laisser.

2° *Sur une considération d'ordre public...* Qu'on suppose, en effet, qu'un défunt a légué des objets de peu de valeur, de petites sommes, à 30, 40, 50 personnes : si chacun de ces légataires devait contribuer, pour sa part, à l'acquittement des dettes, il faudrait estimer chacun des objets légués, comparer leur valeur à la valeur des autres biens, afin de déterminer la fraction qu'ils représentent dans la masse, diviser ensuite les dettes en je ne sais combien de petites fractions correspondantes. De là des estimations multipliées, des frais considérables à la charge de la succession, un fractionnement exagéré des dettes, et, par suite, un préjudice fort grave pour les créanciers. Et que fût-il arrivé si l'un des contribuable eût été, par suite d'une hypothèque ou de l'une des causes que nous étudierons bientôt, obligé de payer au-delà de sa part contributoire ? Il eût été obligé de recourir contre 30, 40 ou 50 personnes, et, en cas d'insolvabilité de l'une d'elles, de revenir encore contre les autres ! De là des conflits difficiles, une source inépuisable de procès !

436. — Le principe que les *successeurs particuliers* ne contribuent point au paiement des dettes souffre une exception. Nous savons, en effet, que les héritiers au profit desquels s'est ouverte une *succession anomale* doivent supporter une portion des dettes, quoique pourtant ils ne succèdent qu'à des objets particuliers (voy. le n° 118-5°).

Le principe que les successeurs particuliers ne contribuent point au paiement des dettes ne souffre-t-il point une exception ?

§ III. — *Contribution aux dettes.*

Art. 870.

Comment les héritiers contribuent-ils au paiement des dettes ?

Est-il vrai qu'ils y contribuent *chacun en proportion de ce qu'il prend dans la succession?*

437. — « Les cohéritiers, dit l'art. 870, contribuent entre eux au paiement des dettes de la succession, *chacun dans la proportion de ce qu'il y prend.* » Cette formule n'est pas exacte : prise à la lettre, elle nous conduirait à un résultat que dément l'art. 871 combiné avec l'art. 1220. Le *de cujus*, qui avait trois fils et 80,000 fr., a légué, par préciput et hors part, 20,000 fr. à son fils aîné : celui-ci prend donc, d'une part, en sa qualité de *légataire préciputaire*, 20,000 fr., et, d'autre part, en sa qualité d'*héritier*, le tiers des 60,000 fr. restant après l'acquittement de son legs, ou 20,000 fr. ; en tout, 40,000 fr. sur 80,000, c'est-à-dire la *moitié* de la succession. Paiera-t-il la *moitié* des dettes ou seulement le *tiers?* Il devrait en payer la moitié, si nous ne consultions que l'art. 870 ; mais il n'en est pas ainsi. Il y a en lui deux personnes

qu'il ne faut pas confondre, un *légataire particulier* et un *héritier légitime*. Comme légataire particulier, il ne contribue pas au paiement (art. 1024). En sa qualité d'héritier, il ne peut être contraint de payer que la part dont il est tenu *comme représentant du défunt* (art. 1220); or, dans l'espèce, il ne représente le défunt que pour un tiers : dès lors, il ne doit supporter que le tiers des dettes.

Par quelle formule faut-il corriger celle de la loi?

Corrigeons donc l'art. 870, en disant : Les héritiers contribuent entre eux au paiement des dettes en proportion de ce qu'ils prennent dans la succession *en qualité d'héritiers*, ou, plus simplement : *en proportion de leur part héréditaire*, ou bien enfin, avec l'article 1220 : *en proportion de la part pour laquelle chacun d'eux représente le défunt*.

Dans quelle proportion les successeurs aux biens contribuent-ils au paiement des dettes?

438. — C'est dans la même proportion que contribuent les *successeurs aux biens*, je veux dire les successeurs irréguliers et les légataires universels ou à titre universel. Qu'ils soient appelés seuls ou qu'ils soient appelés en concours avec les héritiers représentants du défunt, le résultat est toujours le même : ils supportent dans les dettes une fraction corrélative à la fraction qu'ils prennent dans les biens, sans que toutefois leur contribution puisse dépasser leur émolument. Ainsi, l'enfant naturel qui concourt avec deux fils légitimes doit supporter *un neuvième* des dettes parce qu'il recueille *le neuvième* des biens.

Le défunt a-t-il des héritiers *ab intestat*, et un légataire à titre universel pour la moitié ou pour le quart de ses biens : ses dettes sont supportées, pour moitié ou pour un quart, par le légataire, pour le surplus, par les héritiers *ab intestat*. N'a-t-il laissé que des légataires à titre universel : chacun d'eux supporte dans les dettes une fraction correspondante à la fraction de biens qu'il a reçue.

Le légataire universel *en concours avec des héritiers réservataires* supporte une part des dettes correspondante à la fraction active qu'il conserve. Prend-il la moitié ou le quart des biens : il supporte la moitié ou le quart des dettes.

Si le défunt n'a pas laissé de parents réservataires, le légataire universel paie toutes les dettes, parce qu'il prend tous les biens. Que s'ils sont plusieurs légataires universels, ils les paient par égales portions, puisque c'est par égales portions qu'ils succèdent aux biens.

§ IV. — *Droit de poursuite des créanciers.*

« Art. 873.

Pour quelle part les héritiers peuvent-ils être poursuivis par les créanciers?

Est-il vrai que les créanciers doivent les poursuivre chacun pour sa part *virile*?

Sont-ce même chose que part *virile* et part *héréditaire*?

439. — « Les héritiers, dit l'art. 873, sont tenus *personnellement* pour leur part et portion *virile*. » Cette formule n'est pas plus heureuse que celle de l'art. 870. Elle conduirait également, si nous la prenions à la lettre, à des conséquences que repousse l'art. 1220, dont la formule est beaucoup plus exacte, ainsi que je vais le montrer.

La part *virile* est la part *égale* pour chaque héritier, c'est-à-dire la part déterminée eu égard au nombre des héritiers qu'a laissés

le défunt, *pro numero virorum*, moitié, un tiers ou un quart, suivant qu'il a laissé deux, trois ou quatre héritiers. La part *héréditaire* est tantôt égale pour chaque héritier, tantôt inégale, suivant les dispositions de la loi ou la volonté du testateur. Cela posé, je prends l'hypothèse où le *de cujus* a laissé son frère et son père : dans quelle proportion chacun d'eux peut-il être actionné par le créancier et contraint de payer? A ne consulter que l'art. 873, il faudrait répondre que chaque héritier est obligé pour sa part *virile*, c'est-à-dire pour la moitié, puisque le défunt ne laisse que deux héritiers. Mais ce résultat est inadmissible. Aux termes de l'art. 1220, chaque dette du défunt se divise de plein droit entre ses héritiers, proportionnellement à la part pour laquelle chacun d'eux le représente; or, dans l'espèce, son frère le représente pour les trois quarts, son père pour le quart : d'où la conséquence que le frère peut être actionné pour trois quarts, et le père pour un quart seulement. Corrigeons donc l'art. 873, en disant : Chaque héritier est obligé envers chaque créancier et peut être actionné par lui jusqu'à concurrence de la part pour laquelle il représente le défunt, ou, plus généralement, jusqu'à concurrence de sa part *héréditaire*.

Pourquoi la loi a-t-elle dit que chaque héritier peut être poursuivi proportionnellement à sa part *virile*?

C'est par mégarde que les mots *part virile* se sont glissés dans la rédaction de notre article. On se souvient que l'ancien droit coutumier, au lieu de fractionner la masse des biens du défunt entre ses parents appelés à lui succéder, attribuait tels biens à tel héritier, et tels autres biens à tel autre héritier, les propres paternels à celui-ci, les propres maternels à celui-là. Dans ce système, il était impossible de savoir, *à priori*, dans quelle proportion chaque héritier succédait au défunt : cette proportion n'était connue qu'après coup. On estimait les biens dévolus à chaque héritier, et on déterminait, en comparant le chiffre de chaque estimation à la masse totale des biens, la fraction afférente à chaque héritier. Or, c'eût été faire préjudice aux créanciers, porter atteinte à leurs droits, que de les forcer d'attendre qu'on eût déterminé la part contributoire de chaque héritier : car les expertises et estimations qu'il fallait faire dans ce but n'étaient souvent achevées qu'après de fort longs délais. En conséquence, la loi leur permit d'agir immédiatement. Mais, comme la part, la fraction héréditaire des héritiers, n'était pas encore connue, les créanciers étaient autorisés à poursuivre chacun d'eux pour sa part et portion virile, c'est-à-dire pour la moitié ou pour le quart, suivant qu'ils étaient deux ou quatre; sauf, bien entendu, aux contribuables à s'arranger entre eux.

Pourquoi cette règle n'est-elle plus applicable aujourd'hui?

Tel était, autrefois, le sens de la règle que chaque héritier peut être poursuivi pour sa part et portion *virile*. Les rédacteurs du Code, qui l'ont trouvée écrite dans nos anciens auteurs, l'ont reproduite dans l'art. 873, sans prendre garde qu'elle n'était plus praticable sous l'empire des nouveaux principes qu'ils avaient eux-mêmes fait prévaloir. Tous les biens qu'a laissés le défunt ne

composent plus, en effet, dans le système du Code, qu'une seule masse que la loi distribue, par fractions, à chacun de ceux qu'elle appelle à la succession (voy. les nos 78 et 79): on sait donc, *à priori*, dès l'ouverture de la succession, la fraction héréditaire afférente à chaque héritier et, par suite, sa part contributoire dans les dettes : dès lors, il est naturel que le créancier ne puisse demander à chacun d'eux qu'une portion des dettes correspondante à la portion de biens que la loi lui attribue (1).

Ne peut-elle pas cependant recevoir son application dans certains cas?

440. — Il y a pourtant des personnes qui pensent que l'ancienne règle doit recevoir son application dans les cas exceptionnels où quelques-uns des héritiers, au lieu d'être appelés à une *fraction du patrimoine du défunt*, succèdent seulement à certains biens, ce qui arrive dans les trois cas de succession anomale (art. 351, 747, 766). D'une part, en effet, il est impossible de connaître, *à priori*, la fraction héréditaire de ces héritiers ; d'autre part, on ne peut pas forcer les créanciers de rester dans l'inaction jusqu'à ce que les contribuables aient déterminé, par une expertise et par des estimations, la part contributoire de chacun (voy. le no 118-5o) (2).

Les héritiers qui, après avoir payé leur part de dettes, ont un excédant d'actif, sont-ils tenus de la part que leurs cohéritiers, devenus insolvables, n'ont pas payée? Pourquoi n'en sont-ils pas tenus?

441. — En résumé, chacune des dettes se divise de plein droit entre les héritiers, et chacun d'eux en est tenu envers les créanciers proportionnellement à la part pour laquelle il représente le débiteur auquel il succède. Chacune de ces fractions forme désormais une dette principale, distincte des autres ; il n'existe entre elles aucun lien, aucune solidarité. Les choses se passent comme si le créancier avait eu, *ab initio*, plusieurs personnes obligées conjointement, mais sans solidarité. Concluons-en que l'héritier qui a payé sa part n'est pas responsable de l'insolvabilité de ses cohéritiers; il n'en est point responsable, *lors même qu'il reste entre ses mains, après sa part de dettes payée, un excédant d'actif*. Le défunt a laissé 60,000 fr. de biens, une dette de 30,000 francs, et trois fils pour héritiers ; deux de ses fils ont payé chacun un tiers de la dette, ou 10,000 fr. ; le troisième fils, après avoir recueilli sa part dans l'actif et l'avoir dissipée, est devenu insolvable : le créancier ne peut pas s'adresser aux deux héritiers qui se sont acquittés, car ils n'étaient pas les codébiteurs solidaires de leur frère. Le créancier, d'ailleurs, est en faute : il pouvait requérir l'apposition des scellés, et, si sa créance était exigible, se faire payer avant le partage (art. 820 et 821). Dans tous les cas, il se fût mis en garde contre l'insolvabilité de chacun des héritiers en demandant contre chacun d'eux la séparation des patrimoines (art. 878). Ceux des contribuables qui ont payé leur part ne doivent pas souffrir de sa négligence.

(1) MM. Val.; Dem., t. III, 209 *bis*; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 349; Duv. — Voy. aussi M. Demol., t. V, no 24.

(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 112; Val.; Dem., t. III, no 209 *bis*, III; Duv.; Demol., t. V, no 43.

Le bénéfice d'inventaire est-il un obstacle à la division des dettes ?

442. — Le bénéfice d'inventaire n'est pas un obstacle à la division des dettes : les art. 873 et 1220 ne font, en effet, aucune distinction. Que les héritiers soient tous héritiers purs et simples, qu'ils soient tous héritiers bénéficiaires, ou enfin qu'ils soient de qualités différentes, chacun d'eux n'est toujours tenu, sans aucune solidarité avec ses cohéritiers, que d'une fraction de chaque dette correspondante à la fraction que la loi lui attribue dans les biens. S'il en était autrement, c'est-à-dire si l'héritier bénéficiaire pouvait être actionné pour une portion plus forte que sa part contributoire, il serait moins bien traité que l'héritier pur et simple, ce qui serait absurde. La seule différence qui existe à cet égard entre l'héritier pur et simple et l'héritier bénéficiaire, c'est que le premier, étant tenu *in infinitum*, est tenu de payer en totalité la fraction passive mise à sa charge, *lors même qu'elle est supérieure à l'émolument qu'il retire de la succession ;* tandis que, dans le même cas, le second, n'étant jamais tenu au-delà de son émolument, est entièrement quitte dès qu'il a épuisé, en désintéressant les créanciers, la portion de biens dont il était investi. Le défunt a laissé 12,000 fr. de biens, 24,000 de dettes, et deux fils, *Primus* et *Secundus ; Primus* a accepté purement et simplement, *Secundus* sous bénéfice d'inventaire : *Secundus*, héritier bénéficiaire, ne paiera que 6,000 fr., car c'est à ce chiffre que s'élève son émolument, et là où s'arrête son émolument, là finissent sa contribution et son obligation aux dettes (voy. n° 290). Quant à *Primus*, héritier pur et simple, il paiera 12,000 fr., parce qu'il est tenu *ultrà vires ;* mais il n'est pas responsable de la perte que le créancier éprouve par suite du bénéfice d'inventaire qui a limité à 6,000 fr. l'obligation de *Secundus*.

Comment faut-il entendre la règle que les héritiers purs et simples sont tenus des dettes *in infinitum* ?

Ainsi, quand on dit que l'héritier pur et simple est tenu *in infinitum*, cela ne signifie point qu'il est tenu de payer non-seulement une fraction des dettes correspondante à la fraction des biens qu'il recueille, mais encore toutes les portions dont ses cohéritiers sont déchargés par l'effet du bénéfice d'inventaire ; il faut, je le répète, entendre la règle simplement en ce sens qu'il doit payer, en totalité, une fraction passive correspondante à la fraction active qu'il recueille, encore bien que le chiffre des dettes composant sa fraction passive soit supérieur à l'émolument qu'il retire de sa fraction active.

Les simples successeurs aux biens ne doivent-ils pas, quant au paiement des dettes être assimilés aux héritiers bénéficiaires ?

443. — Ce que j'ai dit des héritiers bénéficiaires, je l'applique également aux successeurs aux biens, c'est-à-dire aux successeurs irréguliers et aux légataires universels ou à titre universel : chacun d'eux, suivant moi, n'est tenu que d'une fraction passive correspondante à la fraction active, et seulement dans la limite de son émolument (voy. les n^{os} 32 et 310).

La présence des successeurs aux biens en concours avec des héritiers diminue-t-elle l'obligation de ces derniers ?

444. — Mais ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que la présence des *successeurs aux biens* en concours avec des *héritiers légitimes* ne diminue point l'obligation dont ceux-ci sont tenus envers les créanciers, en leur qualité de représentants du débiteur.

Les créanciers ne peuvent-ils pas les poursuivre, en faisant abstraction des successeurs aux biens?

Les créanciers peuvent, sans aucun doute, diviser leur action et agir tant contre les successeurs aux biens que contre les héritiers, demandant à chacun une portion de dettes corrélative à la portion active qu'il recueille; mais ils ont le droit, faisant abstraction des successeurs aux biens, de poursuivre exclusivement chacun des héritiers légitimes, proportionnellement à la part pour laquelle il représente le défunt, — sauf aux héritiers légitimes à recourir contre les successeurs aux biens, à l'effet de répéter d'eux leur part contributoire.

Cette théorie, quoiqu'elle ne soit pas écrite dans un texte positif, résulte nécessairement de la combinaison des principes. Les héritiers légitimes, bien qu'en concours avec des successeurs aux biens, représentent seuls le défunt; et ils le représentent *pour le tout*, puisque les successeurs aux biens ne le représentent pour aucune partie. Or, aux termes des art. 724, 873 et 1220, les représentants du défunt sont tenus d'acquitter toutes ses dettes. C'était d'ailleurs l'avis de Pothier : « La délivrance, disait-il, que les héritiers font à un successeur aux biens, de la portion qui lui revient, oblige sans doute ce dernier à leur tenir compte de ce qu'ils ont payé à sa décharge, mais ne *les désoblige pas envers les créanciers de la succession.* »

Soient une dette de 3,000 fr., deux fils du défunt, et un légataire à titre universel pour un tiers : chacun d'eux, étant appelé à prendre le tiers des biens, doit supporter le tiers de la dette. La part *contributoire* est donc de 1,000 fr. pour chacun. Mais les deux fils du défunt, étant *seuls* ses représentants, sont tenus *pour le tout* envers le créancier, c'est-à-dire chacun pour moitié, pour 1,500 fr., sauf pour chacun d'eux le droit de se faire rembourser 500 fr. par le légataire à titre universel (1).

Les héritiers, actionnés par les successeurs aux biens en délivrance de leur part, ne peuvent-ils pas exiger qu'ils paient *préalablement* une part des dettes ou au moins se faire donner des sûretés?

445. — Ce recours peut se trouver inefficace : car le légataire peut dissiper les biens dont il a obtenu la délivrance, et, par suite, devenir insolvable. Quelques personnes en ont conclu que les héritiers légitimes, actionnés par un successeur aux biens en délivrance de sa portion, ont le droit d'exiger, afin de prévenir le danger qui les menace, qu'il paie *préalablement* sa part contributoire dans les dettes, ou qu'il fournisse soit une caution, soit toute autre sûreté suffisante pour garantir l'efficacité du recours auquel il pourra être soumis (2).

§ V. — *Des cas où, par exception,* l'OBLIGATION *est plus forte que la* CONTRIBUTION *aux dettes.*

Dans quels cas la *contribution* diffère-

446. — J'ai montré qu'en principe la *contribution* et l'*obligation*

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 210; Val.; Dem., t. III, nº 208 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 349 et 350; Colmet de Santerre, t. IV, nos 152 et suiv. — *Contrà*, M. Demol., t. V, nº 38. Joignez les autorités que cite cet auteur.

(2) MM. Dur., t. VI, nº 291, et t. VII, nº 435; Dem., t. III, nº 209 *bis*, I; Aubry et Rau, t. V, p. 352.

aux dettes sont corrélatives, c'est-à-dire que chaque héritier ou successeur n'est obligé envers les créanciers et ne peut être actionné par eux que dans la limite de sa contribution. Mais il n'en est pas toujours ainsi : il arrive quelquefois qu'un héritier ou successeur peut être contraint, sur la poursuite d'un créancier, de payer une dette en totalité ou une portion plus forte que sa portion contributoire.

t-elle de *l'obligation* aux dettes?

En d'autres termes, dans quels cas un des héritiers peut-il être *poursuivi pour le tout?*

Un héritier peut être contraint de payer au-delà de sa part contributoire dans les cas suivants :

1° Lorsque le défunt a laissé tout à la fois des héritiers légitimes et de simples successeurs aux biens ; dans cette hypothèse, l'héritier légitime peut être actionné *pour le tout*, s'il est seul, quel que soit le nombre des successeurs avec lesquels il concourt (voy. le n° 444).

Les héritiers peuvent-ils convenir entre eux que telle dette sera payée en totalité par l'un d'eux?

Cette convention peut-elle être invoquée par le créancier?

Lui est-elle opposable?

2° Lorsque les contribuables sont convenus, en partageant la succession, que telle dette sera payée *en totalité* par l'un d'entre eux. — Chaque dette se divise de plein droit entre tous les contribuables ; mais, de même qu'on peut, pour faciliter les partages, mettre dans un lot une créance intégrale, de même il est permis de charger spécialement un lot du paiement intégral d'une dette. Celui des contribuables qui reçoit ce lot s'oblige, en l'acceptant, à payer la part de ses cohéritiers en même temps que la sienne : ceux-ci ont, par conséquent, le droit de le contraindre à payer toute la dette, et c'est en exerçant de leur chef (art. 1166) l'action qui leur compète que le créancier peut le poursuivre *pour le tout*. Il est bien entendu, au reste, que le créancier est le maître d'agir, s'il le préfère, contre chacun des contribuables proportionnellement à sa part active : c'est un droit qu'il tient de la loi (art. 873 et 1220), et la convention intervenue entre les contribuables n'a pas pu le lui faire perdre (art. 1119 et 1165). S'il use de ce droit, chaque contribuable peut actionner en garantie celui d'entre eux qui a été chargé du paiement de la dette entière (art. 872).

3° Lorsque la dette est *indivisible*. — Chaque héritier peut alors être poursuivi *pour le tout*. Nous verrons plus tard dans quels cas la dette est indivisible (art. 1217, 1218 et 1221-5°).

4° Lorsque la dette est *d'un corps certain* placé dans le lot de l'un des héritiers. — Cet héritier peut alors être actionné *pour le tout* (voy. l'explic. de l'art. 1221-2°).

5° Lorsque le *de cujus* est convenu avec son créancier que la dette serait acquittée en totalité par tel de ses héritiers présomptifs (voy. l'explic. de l'art. 1221-4°).

Quelle est l'espèce que prévoit la loi lorsqu'elle dit que les héritiers sont tenus *hypothécairement pour le tout?*

6° Lorsque la dette était, du vivant même du débiteur, garantie par une hypothèque. Le cas a été prévu par l'art. 873, en ces termes : « Chaque héritier est tenu des dettes, *personnellement* pour sa part et portion *virile* (lisez *héréditaire*), et *hypothécairement* pour *le tout*. » Il s'agit ici, non pas d'une hypothèque légale, établie virtuellement par le seul effet du décès du débiteur sur les immeubles que recueillent ses héritiers, mais d'une hypothèque antérieure

à l'ouverture de la succession, née du vivant même du débiteur; celui des héritiers qui reçoit dans son lot l'immeuble qui en est grevé est tenu de désintéresser pour le tout le créancier hypothécaire.

Pourquoi l'héritier qui a dans son lot un immeuble hypothéqué est-il tenu *pour le tout*?

En quelle qualité est-il tenu pour le tout?

L'hypothèque est, en effet, *indivisible : chacune des fractions* de l'immeuble sur lequel elle est établie est affectée au paiement *intégral* de la dette (voy. l'art. 2114). De là cette conséquence : l'héritier détenteur soit de l'immeuble en son entier, soit d'une partie seulement, est tenu du paiement de la dette entière (art. 1221-1°). Ainsi, lorsque l'immeuble hypothéqué a été partagé entre tous les héritiers, chacun d'eux peut être actionné pour le tout. Mais remarquons que chacun d'eux ne doit *personnellement*, c'est-à-dire *sur tous ses biens*, que la portion de dette correspondante à sa portion héréditaire, et que, quant au surplus, il n'en est tenu que *propter rem*, comme détenteur de la chose qui en est grevée : j'en conclus que l'héritier qui a payé, ou qui offre de payer, la part dont il est tenu *personnellement*, peut, de même qu'un légataire particulier (voy. le n° 434) ou que tout autre détenteur d'un immeuble hypothéqué, se soustraire au paiement de ce qui excède sa part contributoire, en abandonnant l'immeuble ou la portion de l'immeuble hypothéqué mis dans son lot (art. 2172).

§ VI. — *Du recours qui appartient à l'héritier ou au successeur qui a payé une dette dont il ne devait supporter aucune partie ou qui a payé au-delà de sa part contributoire.*

Art. 874.

Le légataire particulier d'un immeuble hypothéqué, qui a payé la dette à laquelle l'immeuble était affecté, ou qui l'a abandonné afin de ne pas payer la dette, n'a-t-il pas un recours à exercer contre les héritiers et les successeurs universels?

447. — Le légataire particulier d'un immeuble hypothéqué peut être actionné par le créancier hypothécaire ; mais, soit qu'il paie, soit qu'il délaisse l'immeuble, soit qu'il en subisse l'expropriation, la dette qu'il éteint n'est pas la sienne : car, aux termes des art. 871 et 1024, les légataires particuliers ne contribuent point au paiement des dettes du défunt. C'est donc la dette *d'autrui* qu'il a éteinte avec son propre bien ou avec son propre argent : de là un recours à son profit (voy. le n° 434). — Il peut exercer ce recours :

Par quelle action l'exerce-t-il?

Cette action n'est-elle point garantie par une hypothèque?

Quels avantages lui procure cette hypothèque?

1° Par une action de *gestion d'affaires* (art. 1372 et 1375), laquelle est garantie par une hypothèque légale sur tous les immeubles de la succession (art. 1017). L'hypothèque dont il est investi lui permet, d'une part, de recourir *pour le tout* contre celui des contribuables qui a dans son lot un immeuble de la succession, et, d'autre part, d'être payé, sur le prix provenant de la vente de cet immeuble, par *préférence* aux créanciers personnels du contribuable qui le détient. Elle lui procure encore l'avantage de pouvoir saisir, *même entre les mains des tiers acquéreurs*, les immeubles sur lesquels elle porte : l'hypothèque, en effet, suit l'immeuble partout où il passe (art. 2114 et 2166).

Ne peut-il exercer son recours que par l'action qu'il a de son chef?

2° Par l'action qui appartenait au créancier originaire. C'est une application du principe que ceux qui sont tenus *pour un autre* sont

de plein droit, quand ils paient, subrogés aux droits, actions, priviléges et hypothèques du créancier qu'ils désintéressent (article 1251-3°).

448. — Mais à quoi lui sert d'être *subrogé au créancier hypothécaire qu'il a désintéressé?* à quoi lui sert d'acquérir l'hypothèque qu'avait ce dernier? n'a-t-il point, de son chef, une hypothèque sur tous les immeubles de la succession?

Je réponds : 1° que l'hypothèque qu'il a de son chef ne frappe que sur les immeubles dont le défunt était encore propriétaire au moment de son décès, tandis que celle du créancier originaire porte peut-être sur des immeubles aliénés par le *de cujus* en son vivant; 2° que la première ne lui donne rang qu'à compter du jour où il a eu le soin de la faire inscrire, tandis que la seconde, ayant pu être inscrite par le créancier originaire du vivant du *de cujus*, peut lui assigner un rang beaucoup plus utile; 3° que l'action qu'il a de son chef n'est garantie que par une hypothèque, laquelle porte sur les immeubles seulement, tandis que l'action du créancier auquel il est subrogé peut l'être, non-seulement par l'hypothèque en vertu de laquelle il a été poursuivi, mais encore par un privilége sur certains meubles, par un cautionnement..... (1).

Est-il subrogé à l'hypothèque qui pesait sur l'immeuble qui lui appartient?
Quelle est l'utilité de cette subrogation?

Supposons que le créancier auquel il est subrogé n'avait d'autre garantie qu'une hypothèque portant uniquement sur l'immeuble légué : à quoi lui sert alors d'être subrogé? Il aura donc une hypothèque sur un immeuble dont il est propriétaire! comment cela se peut-il faire, et quelle utilité une semblable hypothèque peut-elle lui procurer? Je répondrai à cette question sous l'art. 1251-2° (voy. le n° 1371).

Art. 875.

L'héritier ou le successeur universel qui a, par suite d'une hypothèque pesant sur un immeuble mis dans son lot, payé une dette en totalité, n'a-t-il pas un recours à exercer contre ses co-contribuables?
Par quelle action l'exerce-t-il?
Est-il de plein droit subrogé au créancier qu'il a désintéressé?

449. — L'héritier ou le successeur universel qui, ayant dans son lot un immeuble hypothéqué, a été obligé de payer en totalité la dette au paiement de laquelle cet immeuble était affecté, acquiert également un recours, pour tout ce qu'il a payé au-delà de sa part contributoire. Ce recours, il peut l'exercer par une action de gestion d'affaires : car, en payant la dette entière, il a libéré tous ceux qui en étaient tenus avec lui. Cette action, appelée, dans l'espèce, *action en garantie*, est protégée par un *privilége* sur tous les immeubles de la succession (art. 2103-3° et 2109). Mais n'a-t-il que cette action? n'est-il pas, comme le légataire particulier, *de plein droit subrogé* au créancier qu'il a désintéressé?

A ne consulter que le texte de l'art. 875, on pourrait croire que la subrogation légale n'a pas lieu : « L'héritier, y est-il dit, qui,

(1) Suivant l'opinion générale, le tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué peut invoquer la subrogation aux droits du créancier, à l'effet de recourir contre la caution; j'ai soutenu l'avis contraire dans mon *Traité des subrogations personnelles*, p. 84 à 103, 413 à 432. — Le légataire peut-il invoquer la subrogation aux droits du créancier hypothécaire, à l'effet de recourir contre d'autres tiers-détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette que celle qu'il a payée? La négative est soutenue; j'ai suivi l'opinion contraire dans le même *Traité*, p. 81.

par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre ses cohéritiers que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, *même dans le cas où il se serait fait subroger.* » On peut conclure de ces derniers mots qu'il n'est pas *de plein droit* subrogé : car, s'il l'était, quel besoin y aurait-il de prévoir l'hypothèse d'une subrogation *conventionnelle ?*

Quel est le sens de ces mots qu'emploie l'art. 875 : *quand même il se serait fait subroger aux droits du créancier ?*

Je n'hésite pas cependant à prendre le parti contraire. L'article 875 doit être expliqué historiquement.

L'héritier, disait Pothier, qui a payé en totalité la dette hypothécaire ne peut recourir contre chacun de ses cohéritiers que pour sa part contributoire, « *quand même il se serait fait subroger aux droits du créancier.* » Quand même il se serait fait subroger..., c'est-à-dire quand même il aurait *requis* la subrogation : car, selon Pothier, le détenteur d'un immeuble hypothéqué n'acquiert pas la subrogation s'il n'a le soin, en payant, de la *requérir* du créancier. Ce système a passé tout entier dans l'art. 875 : le *quand même il se serait fait subroger* s'y retrouve. Ainsi, à s'en tenir exclusivement à ce texte, on devrait dire : « L'héritier qui a désintéressé le créancier hypothécaire ne lui est pas de plein droit subrogé ; il n'a qu'une simple action de gestion d'affaires contre chacun de ses cohéritiers et dans la limite de sa portion contributoire. Que s'il acquiert la subrogation, en la *requérant* du créancier, son recours n'a pas plus d'étendue : l'action hypothécaire que la subrogation lui transporte ne peut être exercée, contre ceux de ses cohéritiers qui ont dans leur lot un immeuble hypothéqué à la même dette, que dans la limite de l'action de gestion d'affaires. »

Mais une innovation a été introduite. Autrefois le détenteur d'un immeuble hypothéqué avait le droit de *requérir* la subrogation, et, si le créancier refusait de l'accorder, la loi l'accordait elle-même. Notre Code est plus expéditif. Aujourd'hui aucune *réquisition* de subrogation n'est nécessaire : tout tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué qui paie le créancier lui est *de plein droit* subrogé (art. 1251, 2° et 3°). L'art. 874, qui déclare le légataire particulier *de plein droit subrogé*, est une application de ce nouveau principe, tandis que l'art. 875 n'est qu'une reproduction maladroite de l'ancien système. Cette application d'une règle *abandonnée* ne nous oblige pas : nous sommes soumis au principe posé dans le n° 3 de l'art. 1251. Les mots *même au cas où il se serait fait subroger* doivent donc être remplacés, dans l'art. 875, par ceux-ci : *quoiqu'il soit de plein droit subrogé* (1).

Le contribuable, subrogé au créancier hypothécaire qu'il a

450. — Ainsi, l'héritier qui paie le total d'une dette hypothécaire acquiert contre ses cohéritiers l'action hypothécaire du

(1) L'héritier peut, pour la garantie de son recours, demander, du chef du créancier auquel il est subrogé, la séparation des patrimoines contre chacun de ses cohéritiers (art. 878).

créancier originaire, mais fractionnairement, pour être exercée, contre chacun d'eux, dans la mesure de la portion de dette dont il est tenu *personnellement;* en d'autres termes, l'action *hypothécaire* se divise, par l'effet du paiement, dans la même proportion que l'avait été elle-même l'action *personnelle* par la mort du débiteur. Il ne peut donc point, comme l'aurait pu faire le créancier originaire, auquel pourtant il est subrogé, agir *pour le tout* contre celui de ses cohéritiers qui a dans son lot un immeuble hypothéqué à la même dette. Les rapports d'amitié et de bienveillance qui doivent toujours exister entre les membres de la même famille, et surtout le danger de recours, répétés d'héritier à héritier, justifient suffisamment cette modification aux effets ordinaires de la subrogation et de l'hypothèque. Et d'ailleurs, si l'héritier qui a payé eût été autorisé à demander à l'un de ses cohéritiers une somme supérieure à sa part contributoire, ce contribuable eût été évincé d'une portion de son lot par celui-là même qui est garant en cas d'éviction; ce résultat eût été contraire au principe que nul ne peut évincer celui auquel il devrait garantie de l'éviction: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

désintéressé, peut-il agir contre ses co-contribuables, comme l'aurait pu faire le créancier originaire?

Pourquoi ne peut-il pas poursuivre *pour le tout*, sa part déduite et confuse, celui de ses co-contribuables qui a dans son lot un immeuble hypothéqué à la dette qui a été payée?

451. — Cette théorie est applicable, non-seulement à l'héritier *subrogé* au créancier hypothécaire qu'il a désintéressé, mais encore à celui qui avait, de son chef, une créance hypothécaire contre le défunt. Elle est même applicable à l'héritier qui a reçu, par préciput, le legs d'un immeuble hypothéqué, et qui a été subrogé au créancier hypothécaire, *en sa qualité de légataire particulier*. Dans l'un et l'autre cas, en effet, l'héritier est, en cette qualité, *garant* des évictions que peuvent subir ses cohéritiers; or, s'il lui était permis de demander à celui d'entre eux qui possède l'immeuble hypothéqué à la dette une somme plus forte que sa part contributoire, il lui ferait subir une éviction. Les motifs qui, dans l'espèce exposée au n° 450, ont fait prohiber le recours pour le tout, s'adaptant exactement aux deux espèces que nous venons de faire, nous ne devons avoir pour chacune d'elles qu'une seule et même règle. Le système contraire donnerait lieu à des recours répétés d'héritier à héritier, recours que la loi a toujours pris soin d'éviter. Ce n'est qu'au profit de l'héritier *bénéficiaire*, créancier hypothécaire du défunt, *qu'est réservé le droit d'agir pour le tout*, sa part confuse et déduite, contre celui de ses cohéritiers qui détient l'immeuble affecté au paiement de sa créance personnelle (1).

L'héritier qui avait, de son chef, une créance hypothécaire, peut-il agir *pour le tout*, sa part déduite et confuse, contre celui des contribuables qui a dans son lot l'immeuble hypothéqué?

Quid, si l'héritier est subrogé en qualité de légataire?

Art. 876.

452. — Si l'un des contribuables est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité n'est pas à la charge exclusive de celui qui a payé le total de la dette hypothécaire; la loi veut qu'elle soit répartie, au marc le franc, entre celui qui exerce son recours

Qu'arrive-t-il lorsque l'un des contribuables est insolvable?

(1) Dem., t. III, n° 216 *bis*, II et III; Marc., art. 675; M. Demol., t. V, n° 81. — *Contra*, MM. Dur., t. VII, n° 449; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 361.

et ceux contre lesquels il l'exerce (comp. les art. 884 et 885).

§ VII.—*Comment on procède lorsqu'il existe dans la succession un ou plusieurs immeubles affectés par hypothèque* SPÉCIALE *au paiement d'une rente* PERPÉTUELLE.

Art. 872.

La circonstance qu'il existe dans la succession un ou plusieurs immeubles affectés par hypothèque spéciale au paiement d'une rente perpétuelle ne présente-t-elle point des dangers?

453. — *Primus* est débiteur d'une rente perpétuelle, produisant chaque année 3,000 fr. d'arrérages; un immeuble a été, par lui, affecté par hypothèque à la sûreté de cette rente. Si, à son décès, sa succession est partagée dans l'état où elle se trouve, voici ce qui adviendra : l'héritier dans le lot duquel tombera l'immeuble hypothéqué pourra, *chaque année, chaque semestre,* être contraint de payer la totalité des arrérages échus, sauf son recours contre ses cohéritiers. Or, rien ne serait plus dangereux que ces recours d'héritier à héritier, répétés chaque année. Après la mort des héritiers eux-mêmes, les recours se multiplieraient à l'infini : de là, des procès, des difficultés inextricables!

Quels moyens de les éviter la loi indique-t-elle?

Deux moyens de parer à ce danger sont ouverts aux héritiers.

Le premier est-il obligatoire pour les parties?

1er MOYEN. Chacun des héritiers peut exiger que la rente soit remboursée, et l'immeuble hypothéqué rendu libre, avant qu'il soit procédé à la formation des lots.

Quid du second?

2e MOYEN. Il est possible qu'au moment du partage la rente ne soit pas remboursable, car le créancier a pu stipuler qu'elle ne serait pas rachetable pendant un certain temps déterminé par les art. 530 et 1911; il se peut aussi qu'aucun héritier n'en exige le remboursement, ou que les héritiers n'aient pas à leur disposition un capital suffisant pour l'effectuer. Dans ces diverses hypothèses, la loi *veut* qu'on partage la succession dans l'état où elle se trouve, mais en s'arrangeant de manière à éviter les recours dont je viens de parler. On y parvient en *désintéressant d'avance* l'héritier qui reçoit dans son lot l'immeuble hypothéqué. A cet effet, l'immeuble n'est compté dans le lot où il est placé que pour sa valeur, *déduction faite du capital de la rente;* l'héritier auquel ce lot est attribué demeure alors seul chargé de la dette. Soient trois héritiers, *Primus, Secundus* et *Tertius;* une rente au capital de 60,000 fr.; un immeuble hypothéqué valant 100,000 fr.: cet immeuble n'est compté, dans le lot où il est mis, que pour 40,000 fr., et *Primus,* auquel ce lot a été attribué, est tenu de payer chaque année, sans aucun recours contre eux, *parce qu'ils l'ont indemnisé d'avance,* en mettant dans son lot, pour 40,000 fr., un immeuble qui en vaut 100,000. Que si le créancier s'adresse à chacun des héritiers, demandant à chacun sa part contributoire des arrérages, 1,000 fr. (l'arrangement intervenu entre eux n'a pu lui faire perdre le droit qu'il a de les poursuivre proportionnellement à leur part héréditaire), *Secundus* et *Tertius* peuvent recourir contre *Primus,* seul chargé du service de la rente. Mais cet événement est peu probable : car le créancier, pouvant obtenir de Primus, en une seule fois, le paiement intégral des arrérages échus, n'ira certainement

pas se jeter dans la voie incommode et toujours préjudiciable des poursuites individuelles contre chaque héritier.

454. — Notre article suppose le cas où la rente est garantie par une hypothèque *spéciale*. D'où la question de savoir s'il est applicable au cas où l'hypothèque qui fait la sûreté de la rente est *générale*, c'est-à-dire porte sur tous les immeubles laissés par le défunt? On distingue :

L'art. 872 est-il applicable au cas où la rente perpétuelle est garantie par une hypothèque *générale*? Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer entre le premier et le deuxième moyen?

Quant au 2e *moyen*, notre article n'est pas applicable lorsque l'hypothèque est *générale* : car, chaque héritier ayant dans son lot un immeuble hypothéqué (voy. art. 832), et le créancier étant alors maître de poursuivre chacun d'eux pour le tout, on n'empêcherait point, en chargeant l'un d'eux du service intégral de la rente, cette série de recours que la loi a voulu prévenir.

Quant au 1er *moyen* (le remboursement de la rente), notre article est praticable dans tous les cas. C'est même dans le cas d'une hypothèque *générale* qu'il importe surtout de l'employer. Et, en effet, si on laissait subsister la rente, chaque héritier étant détenteur d'un immeuble hypothéqué, le créancier pourrait, chaque année, demander tantôt à l'un, tantôt à l'autre, le total des arrérages échus; en sorte que les rôles de garants et de garantis changeraient chaque année ou chaque semestre! Le trouble serait, par conséquent, plus grand dans cette hypothèse que dans celle qui est spécialement prévue par la loi.

Mais, dira-t-on, la loi est formelle : elle suppose le cas d'une rente garantie par une hypothèque *spéciale* ! A cet argument de texte nous opposons l'historique de la rédaction de notre article. Le projet de rédaction n'indiquait que le 2e moyen dont j'ai parlé; or, ce procédé n'étant point praticable au cas où l'hypothèque qui garantit la rente est *générale*, on dut naturellement le limiter au cas d'une rente garantie par une hypothèque *spéciale*. Le 1er moyen (le remboursement de la rente) fut plus tard introduit; mais, en l'énonçant dans notre article, les rédacteurs ne prirent point garde que la condition d'une hypothèque *spéciale*, vraie et raisonnable quant au 2e moyen, ne cadrait point avec le premier. C'est par suite de cette inadvertance que les mots *hypothèque spéciale* ont été laissés dans la rédaction définitive (1).

455. — Si l'hypothèque, au lieu de garantir une rente *perpétuelle*, sert de sûreté à une rente *viagère*, notre article cesse d'être applicable. Il ne saurait l'être, ni d'après son texte, ni d'après son esprit. D'après son texte... : car, en parlant du *rachat* ou *remboursement* de la rente, on exclut nécessairement l'hypothèque d'une rente *viagère*, puisque les rentes *perpétuelles* sont les *seules* qui soient *rachetables* (art. 530, 1911, 1979). D'après son esprit : car, la rente étant *viagère* et devant, par conséquent, cesser dans un certain temps, les recours répétés d'héritier à héritier sont moins dangereux. Un inconvénient existera sans doute,

L'art. 872 est-il applicable au cas où la rente garantie par une hypothèque est, non pas *perpétuelle*, mais *viagère* seulement?

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 207 *bis*, ; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 357; Demol., t. V, n° 90.

mais cet inconvénient n'aura qu'une durée limitée, tandis qu'il ne cesserait jamais dans l'hypothèse d'une rente *perpétuelle*.

§ VIII. — *Quel est, à l'égard de l'héritier, l'effet des titres qui étaient exécutoires contre le défunt.*

Art. 877.

Les titres qui étaient exécutoires contre le défunt le sont-ils contre ses héritiers?

456. — Selon le droit coutumier, les titres exécutoires contre le défunt ne l'étaient pas contre ses héritiers. Le créancier qui voulait les poursuivre devait *préalablement* obtenir d'eux un titre exécutoire, ou faire, *en justice*, déclarer exécutoires contre eux-mêmes les titres qui l'étaient contre le défunt. Cette formalité ne servait qu'à occasionner des frais, qu'à fournir au débiteur de mauvaise foi des exceptions de forme pour éluder le paiement. Elle était, d'ailleurs, en opposition avec le principe que le *de cujus* revit dans la personne de l'héritier qui le représente. Aussi le Code a-t-il abrogé l'ancienne théorie : aujourd'hui, les titres exécutoires contre le défunt le sont également contre ses héritiers. Toutefois, on comprend qu'il y aurait du danger à permettre aux créanciers d'en faire usage dès le jour même de l'ouverture de la succession : il ne faut pas que les héritiers puissent être surpris à l'improviste par une exécution qui, en même temps qu'elle occasionnerait des frais, pourrait porter atteinte à leur crédit. De là cette règle d'équité : le créancier muni d'un titre exécutoire ne peut commencer des poursuites contre les héritiers de son débiteur qu'après qu'il s'est écoulé huit jours depuis qu'il les a, par une notification faite à leur personne ou à leur domicile, avertis de l'existence de son titre (voy. les Form. 287 et 288).

Cette notification peut-elle être faite pendant les délais pour faire inventaire et délibérer?

Cette notification peut être faite pendant les délais pour faire inventaire et délibérer. En effet, elle ne constitue pas un acte d'exécution ; elle n'est qu'un moyen de la préparer. A l'expiration des huit jours qui suivent la notification, le créancier peut commencer des poursuites ; mais l'héritier, s'il est encore dans le délai pour faire inventaire et délibérer, peut les arrêter en lui opposant l'exception dilatoire que lui accorde l'art. 174 du Code de procédure (voy. le n° 280).

Les titres exécutoires contre le défunt le sont-ils contre *les simples successeurs aux biens*?

457. — Les titres exécutoires contre le défunt sont-ils exécutoires contre les simples *successeurs aux biens* ? Je ne le pense point. S'ils sont exécutoires contre les *héritiers*, c'est uniquement parce que le défunt revit dans leur personne; or, les simples successeurs aux biens ne le représentent point. Les titres dont il s'agit étaient, il est vrai, exécutoires *sur les biens* qu'il leur a transmis; mais, dès qu'un titre a cessé de valoir *quant à la personne*, il perd nécessairement sa force et sa puissance sur les biens (1).

(1) M. Val. — *Contrà*, M. Demol., t. V, n° 60. — D'après Demante (t. III, n° 218 *bis*, II) et Marcadé (art. 877), notre article est ou n'est point applicable aux simples successeurs, suivant qu'ils sont poursuivis sur les biens qu'ils tiennent du défunt ou sur leurs biens personnels.

§ IX. — *De la séparation des patrimoines* (1).

Art. 878.

Qu'est-ce que la séparation des patrimoines? Quel en est l'effet?

458. — I. *Ce que c'est que la séparation des patrimoines.— Quelles personnes peuvent la demander. — Ses effets.* — Lorsque la succession est acceptée purement et simplement, les biens et les dettes du défunt se confondent avec les biens et les dettes de l'héritier. Cette confusion profite à l'héritier et à ses ayant-cause, au préjudice des créanciers du défunt, dans le cas où celui-ci, étant mort solvable ou à peu près solvable, a laissé un héritier qui a plus de dettes que de biens. Soit une succession, comprenant 20,000 fr. de biens et 20,000 fr. de dettes, échue à un héritier qui a 20,000 fr. de biens et 40,000 fr. de dettes : si les deux patrimoines restent confondus, nous aurons 40,000 fr. de biens pour payer 60,000 fr. de dettes : les créanciers du défunt, qui recevraient un paiement intégral si leur débiteur vivait encore, ne recevront qu'un simple dividende, les deux tiers de leur créance. C'est afin de prévenir l'injustice de ce résultat que la loi leur permet de demander que les biens et les dettes du défunt ne se confondent point avec les biens et les dettes de l'héritier.

Cette séparation des patrimoines rétablit les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* n'était point décédé : les créanciers du défunt sont payés sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Art. 879.

En quelle qualité les créanciers du défunt peuvent-ils la demander? La novation dont il est parlé dans l'article 879 est-elle une novation proprement dite?

459. — Les créanciers héréditaires ne jouissent de cet avantage qu'autant qu'ils le demandent en qualité de *créanciers du défunt* (art. 881). De là la règle de l'art. 879 : le droit de séparation ne peut plus être exercé lorsqu'il y a *novation* dans la créance contre le défunt par l'acceptation de l'*héritier pour débiteur*.

Il s'agit ici d'une novation *sui generis*. La novation proprement dite est l'*extinction* de la dette par une autre dette qui la remplace ; tous les accessoires de la première dette, hypothèques, gages, cautionnements, s'éteignent avec elle. Cette novation s'opère ou par le changement de l'objet dû, ou par la substitution soit d'un nouveau débiteur à l'ancien, soit d'un nouveau créancier au créancier originaire (art. 1271 et s.). Or, dans l'espèce, l'acceptation que le créancier héréditaire fait de l'héritier pour débiteur n'opère aucun changement dans la dette : l'objet dû et le créancier restent évidemment les mêmes ; la personne du débiteur n'est pas non plus changée, puisque l'héritier continue la personne de l'ancien débiteur. Le créancier qui a accepté l'héritier pour débiteur conserve donc son ancienne créance, avec tous ses accessoires, toutes ses garanties ; la novation résultant de l'acceptation qu'il a faite n'a d'autre effet que de lui faire perdre le droit de demander la séparation des patrimoines.

(1) Voy., sur cette importante matière, mon *Exam. crit. du Commentaire de M. Troplong sur les privil.*, art. 2111.

Quand cette novation a-t-elle lieu ?

460. — Il y a novation dans le sens de l'art. 879, c'est-à-dire acceptation de l'héritier pour débiteur, toutes les fois que les créanciers ont fait avec ou contre lui des actes qu'ils n'auraient pas pu faire avec ou contre un simple administrateur de la succession, c'est-à-dire avec un curateur à la succession vacante ou un héritier bénéficiaire.

Il n'y a donc point novation lorsque les créanciers, poursuivant l'héritier à l'effet d'obtenir ce qui leur est dû, ont le soin de le traiter *comme simple administrateur de la succession*.

Et ce n'est pas non plus l'accepter pour débiteur que lui accorder un terme pour payer : car le créancier aurait pu accorder le même avantage à tout autre administrateur de la succession, à un héritier bénéficiaire ou à un curateur.

Il y a novation, au contraire, si le créancier stipule de l'héritier des garanties qu'un simple administrateur ne pourrait pas donner, un gage, une hypothèque, ou s'il fait saisir ses biens personnels. Il en est de même s'il réclame un dividende dans la distribution des deniers provenant de la vente de ces mêmes biens.

— Ainsi, demander la séparation des patrimoines et se prétendre créancier personnel de l'héritier, à l'effet d'être payé sur ses biens propres, sont deux idées incompatibles. Tirons-en cette formule : *les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines refusent, par là même, l'héritier pour débiteur ; les créanciers qui l'acceptent pour débiteur renoncent, par là même, au droit de demander la séparation des patrimoines.*

Cette règle va nous donner la solution d'une question qui est controversée.

Les créanciers du défunt *qui demandent la séparation des patrimoines* ont-ils le droit de concourir, sur les biens de l'héritier, avec ses créanciers personnels ?

461. — Les créanciers du défunt qui demandent la séparation des patrimoines, ont-ils, d'une part, le droit d'être payés sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et, d'autre part, le droit de concourir au marc le franc, sur ses biens propres, avec ses créanciers chirographaires ? La négative me paraît fondée (1). De deux choses l'une :

Demandent-ils la séparation des patrimoines, ils n'acceptent point l'héritier pour débiteur : dès lors, à quel titre prétendraient-ils être payés sur ses biens personnels, en concours avec ses créanciers ? Les choses se passent comme si leur débiteur vivait encore.

Acceptent-ils l'héritier pour débiteur, ils renoncent par là même, au bénéfice de la séparation des patrimoines, et, par suite, au droit de préférence qu'ils auraient pu acquérir sur les biens de la succession.

Peuvent-ils les saisir après l'acquittement de ses dettes personnelles ?

462. — Autre question : Les créanciers qui ont demandé la séparation des patrimoines et qui n'ont pas été intégralement payés sur les biens du défunt, peuvent-ils, pour ce qui leur est encore dû,

(1) Voy. mon *Exam. crit. du Comm. de M. Troplong sur les privil.*, t. II, no 302; Marc., art. 800. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, no 231 ; Demol. t. V, no 220.

saisir ce qui reste des biens propres de l'héritier, *après l'acquittement de ses dettes personnelles?* J'admets sans hésiter l'affirmative. La séparation des patrimoines est une fiction dont l'effet est de faire considérer le débiteur décédé comme s'il vivait encore ; mais cette fiction n'existe que dans les rapports des créanciers du défunt avec les créanciers personnels de l'héritier. Ce n'est pas, en effet, *contre l'héritier* que se demande la séparation des patrimoines : elle est demandée contre *ses créanciers* (art. 878). Le conflit s'engage donc entre deux classes de créanciers : l'héritier est en dehors de ce débat. Or, dès que le conflit cesse, et il cesse dès que l'une des deux classes de créanciers a été désintéressée, la fiction n'a plus de cause, le droit commun reprend son empire.

Ainsi, les créanciers du défunt peuvent agir sur les biens de l'héritier, après que ses créanciers personnels ont été entièrement désintéressés, de la même manière que les créanciers personnels de l'héritier peuvent se faire payer sur les biens de la succession, après que les créanciers héréditaires ont été intégralement payés (1).

Quelle différence y a-t-il entre la séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire et celle qui est demandée par les créanciers du défunt?

463. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, qu'il y a une différence bien marquée entre la séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire, et celle qui est demandée par les créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier pur et simple. Dans le premier cas, les créanciers du défunt ne peuvent point se faire payer sur les biens propres de l'héritier, même après l'acquittement de ses dettes personnelles ; ils le peuvent dans le deuxième. Concluons de là que l'héritier a intérêt à accepter sous bénéfice d'inventaire, même au cas où la séparation des patrimoines a été demandée par les créanciers du défunt.

464. — Mais la réciproque est-elle vraie? Les créanciers du défunt ont-ils intérêt à demander de leur chef la séparation des patrimoines lorsque l'héritier a fait une acceptation sous bénéfice d'inventaire? M. Blondeau admet la négative (2). La séparation des patrimoines née du bénéfice d'inventaire, de même que celle qui résulte de la demande des créanciers du défunt, leur procure, dit-il, le droit d'être payés sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier ; or, ce droit ne peut pas leur être enlevé par le fait de l'héritier (voy. le n° 297, à la

(1) Ce qui me confirme dans le système que je viens d'exposer ur l'une et l'autre question, c'est qu'il était suivi dans l'ancienne jurisprudence et qu'on ne trouve rien dans le Code qui puisse donner à conclure qu on s'en est écarté. M. Treilhard disait même, dans son *Exposé des motifs* au Conseil d'Etat, que les art. 878 à 880 n'étaient que la reproduction des anciennes pratiques. Voy. Pothier (éd. Bug.), p. 220 et 221 ; MM. Dem., t. III, n° 223 *bis*, II ; Duv.

(2) *Traité de la sépar. des patrim. Conf.* MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 235 et 237. — *Contrà*, MM. Dem., t. III, n° 222 *bis*, IV ; Duv. ; Marc., art. 870 ; Duc., Bonn. et Roust., même art. ; Demol., t. III, n° 172. — Voy. aussi mon *Exam. crit. du comm. de M. Troplong sur les priv.*, t. II, n° 317 ; et, dans notre t. III, le n° 1423.

note). Dès lors, quel intérêt ont-ils à faire séparer ce qui l'est déjà?

Quels créanciers peuvent demander la séparation des patrimoines?

465. — La séparation des patrimoines peut être demandée :

Quel intérêt les créanciers privilégiés et hypothécaires ont-ils à la demander?

1° Par les créanciers chirographaires, privilégiés ou hypothécaires, du défunt, *pourvu qu'ils n'acceptent point l'héritier pour débiteur* (voy. les nos 459 et suiv.).

On conçoit l'intérêt des créanciers chirographaires; mais quel est celui des créanciers privilégiés ou hypothécaires? Par leur privilége ou leur hypothèque n'ont-ils point déjà un droit de préférence? Je réponds qu'il se peut que leur privilége ou leur hypothèque soit *spécial*, et que le droit de préférence résultant de la séparation est toujours *général*, en ce sens qu'il porte sur tous les biens de la succession. Bien plus! leur droit de privilége ou d'hypothèque fût-il *général*, ils auraient encore intérêt à la demander : car, si les biens du défunt se confondaient avec ceux de l'héritier, les créanciers personnels de ce dernier pourraient leur opposer un privilége préférable au leur ou à leur hypothèque (art. 2101).

Les légataires particuliers peuvent-ils la demander?

2° Par les légataires particuliers (art. 2111). Tout ce que j'ai dit des créanciers s'applique donc aux légataires.

La séparation des patrimoines change-t-elle les relations que la loi a établies soit entre les créanciers du défunt, soit entre eux et les légataires?

466. — Mais remarquons que la séparation, qui crée un droit de préférence au profit des créanciers et légataires du défunt contre les créanciers personnels de l'héritier, n'apporte aucune modification dans les relations existantes soit entre les créanciers du défunt, soit entre eux et les légataires. Les créanciers privilégiés sont payés avant les créanciers hypothécaires, ceux-ci avant les créanciers chirographaires, et selon l'ordre de leurs inscriptions; les créanciers chirographaires sont payés en dernier lieu, et au marc le franc; les légataires, après tous les créanciers.

Quid, si l'un des créanciers y renonce? les autres créanciers et les légataires profitent-ils de sa renonciation?

467. — Lorsque l'un des créanciers accepte l'héritier pour débiteur, cet abandon qu'il fait du bénéfice ouvert à son profit n'apporte aucun obstacle à l'exercice du droit des autres; mais, s'il ne doit point leur préjudicier, il est juste aussi qu'ils n'en bénéficient point : c'est un fait qui doit leur rester étranger. La séparation qu'ils demandent ne peut avoir d'autre effet que de leur assurer le dividende auquel ils auraient droit si leur débiteur vivait encore; or, dès qu'on leur attribue ce dividende, la succession est quitte envers eux. Soient trois créanciers de 10,000 fr. chacun, et une masse de 15,000 fr. : si le débiteur vivait encore, chacun de ses créanciers recevrait 5,000 fr. seulement. L'un d'eux renonce-t-il au bénéfice de la séparation des patrimoines : chacun des deux autres recevra intact son dividende tel qu'il vient d'être fixé, 5,000 fr. Quant au dividende de leur cocréancier, il sera versé à la masse des biens propres de l'héritier, pour être distribué à ses créanciers personnels, y compris le créancier héréditaire qui a renoncé au bénéfice de la séparation.

Comment se demande la séparation des patrimoines?

468. — II. *Comment se demande la séparation des patrimoines.*

— A Rome, la demande en séparation était formée contre *l'héritier lui-même;* mais, comme l'héritier représente tous ses créanciers, la séparation produisait son effet contre eux.

dait à Rome la séparation des patrimoines?

Les créanciers du défunt s'adressaient au préteur, qui, par un premier décret, les envoyait en possession de l'universalité des biens de la succession, avec pouvoir de l'administrer; un deuxième décret les autorisait à l'aliéner, et l'acquéreur employait le prix d'acquisition à les désintéresser.

Ainsi, demande *unique* et *collective,* ordonnance d'un magistrat qui y fait droit, séparation complète et absolue des deux masses de biens au profit des créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier.

Quelle marche faut-il suivre aujourd'hui?
Contre qui la demande doit-elle être formée?
Peut-on demander la séparation contre un des créanciers personnels de l'héritier et ne pas la demander contre les autres?

469. — Quelle marche faut-il suivre aujourd'hui? contre qui la demande doit-elle être formée? Qui y fait droit? Doit-elle comprendre la généralité des biens, ou peut-elle n'en comprendre que quelques-uns?

Sur tous ces points, le Code est à peu près muet. Tout ce que nous savons, c'est que la demande n'est plus formée contre *l'héritier :* c'est contre *ses créanciers* qu'elle doit l'être (art. 878). Or, un créancier ne représentant point les autres, il en résulte qu'il faut autant de demandes qu'il se présente de créanciers pour concourir sur les biens de la succession avec les créanciers du défunt. Il ne s'agit plus d'une demande unique, d'une séparation collective prononcée une fois pour toutes contre la masse des créanciers de l'héritier. La demande peut se répéter plusieurs fois; et, comme la séparation obtenue contre un créancier est *res inter alios acta* à l'égard des autres, il arrive souvent qu'elle existe contre tel créancier sans exister contre tel autre.

Comment s'introduit la demande?
Faut-il un jugement qui prononce la séparation?

470. — Mais comment s'introduit la demande? Faut-il, par une assignation ordinaire, appeler les créanciers devant un tribunal et obtenir un jugement de séparation?

Nos Codes ne résolvent point cette question; ils n'ont déterminé ni la compétence du tribunal ni la procédure à suivre. J'en conclus qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une demande préalable (1), d'obtenir un jugement. Qui assignerait-on? Les créanciers de l'héritier lui-même? mais ils sont inconnus peut-être. L'héritier? mais, aux termes de l'art. 878, ce n'est pas contre lui que la demande doit être faite. Il faudrait donc la former contre chacun des créanciers, à mesure qu'on les découvrirait! mais alors quelles lenteurs, que de frais!

La séparation des patrimoines peut-elle être demandée relativement à tel bien et ne

Si je ne me trompe, les créanciers du défunt peuvent user du bénéfice de la séparation, en l'opposant, par voie d'exception, aux créanciers de l'héritier qui se présentent pour être colloqués, en

(1) Il n'est point, sans doute, nécessaire de former une demande en justice; mais il peut être utile de le faire, afin de conserver pour l'avenir le droit de se prévaloir du bénéfice de séparation. En ce cas, le demandeur agit contre l'héritier (M. Demol., t. V, nos 139 et 140). — Voy. la Form. 290.

pas l'être à l'égard de tel autre bien?

concours avec eux, sur le prix provenant de la vente des biens de la succession. Ainsi, les créanciers héréditaires exercent le droit de séparation au fur et à mesure de leurs besoins, c'est-à-dire chaque fois qu'un créancier de l'héritier demande un dividende dans le prix provenant de la vente d'un bien de la succession.

La séparation peut donc être demandée relativement à tel bien de la succession et ne l'être pas à l'égard de tel autre, contre tel créancier, sans l'être contre tous.

S'il existe plusieurs héritiers, peut-elle être demandée contre l'un d'eux seulement?

Enfin, s'il existe plusieurs héritiers, les créanciers peuvent la demander contre celui d'entre eux qui est ou qui paraît être insolvable, et ne pas la demander contre celui dont l'actif est au moins égal à son passif : le droit de séparation se divise comme la créance qu'il garantit (1).

Sur quels biens s'exerce le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines?

S'exerce-t-il sur les biens *rapportés* par les héritiers?

471. — III. *Sur quels biens s'exerce le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines.* — Ce droit s'applique :

1° Aux biens dont le défunt était propriétaire à son décès. Il faut comprendre dans ces biens la créance qu'il avait contre l'héritier : qu'on ne dise pas qu'elle s'est éteinte par confusion, car la séparation des patrimoines a précisément pour but d'empêcher cette confusion ;

2° A tous les fruits, civils ou naturels, échus ou perçus depuis le décès du *de cujus*, et provenant des biens de la succession. La séparation des patrimoines, en effet, rétablit les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* vivait encore ; or, s'il ne fût pas décédé, ces fruits eussent augmenté son patrimoine, et, par suite, le gage de ses créanciers.

472. — Les choses données par acte entre-vifs à ses héritiers, ou à l'un d'eux, et qui sont soumises à rapport ou à réduction, ne sont pas comprises dans les biens dont les créanciers ont droit de demander la séparation. Ces choses étaient, en effet, sorties irrévocablement du patrimoine du défunt. Ce n'est que par une fiction introduite dans l'intérêt de ses *héritiers* qu'ils sont réputés faire partie de la succession. Or, ses créanciers ne peuvent pas se prévaloir d'une fiction qui n'a pas été faite pour eux (voy. les n^{os} 408, 2°, et 617).

Art. 879 et 880.

Quels sont les événements qui font perdre le droit de demander la séparation des patrimoines?

473. — IV. *Quels sont les événements qui font perdre le droit de demander la séparation des patrimoines.* — Ces événements sont : 1° la *renonciation ;* — 2° la *confusion* ou l'impossibilité matérielle de distinguer les biens du défunt de ceux de l'héritier ; — 3° la *prescription*, et 4° l'*aliénation* par l'héritier des biens de la succession.

1° *Renonciation.* — Les créanciers peuvent renoncer au droit de demander la séparation des patrimoines : ils y renoncent, soit expressément, soit tacitement, en acceptant l'héritier pour débiteur (voy. les n^{os} 459 et suiv.).

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 319 *bis*, I ; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 212 et 213 ; Demol., t. V, n^{os} 124 et 125.

2° *Confusion* ou impossibilité matérielle de distinguer les biens du défunt de ceux de l'héritier. — Ce mode d'extinction est inapplicable quant aux immeubles, et quant aux meubles *incorporels*, tels que des créances ou des rentes : car ces choses peuvent toujours être reconnues, distinguées des biens de l'héritier : par leur nature même, elles échappent à toute confusion. Il n'en est pas de même des meubles corporels : ces biens, en effet, se mêlent facilement avec d'autres, et souvent la confusion est telle qu'il est impossible de la faire cesser.

Que peuvent faire les créanciers qui veulent le conserver ?

Ainsi, le droit de séparation s'éteint, *quant aux meubles corporels*, toutes les fois qu'*en fait* il est impossible de les séparer, de les distinguer de ceux de l'héritier.

Les créanciers qui veulent le conserver doivent donc faire inventorier, énumérer et décrire individuellement les objets mobiliers qu'a laissés le défunt. Ils peuvent même exiger que les meubles soient vendus, et que le prix en provenant, ainsi que les sommes trouvées dans la succession, soient déposés à la caisse des consignations, si mieux n'aime l'héritier donner caution que les valeurs comprises dans l'inventaire seront par lui représentées quand il en sera requis (art. 807, arg. d'anal.).

Pendant combien de temps peut-on demander la séparation des patrimoines ?
Le droit de la demander est-il prescriptible ?
Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?
Quelle est la raison de cette distinction ?

3° *Prescription.* — Ce mode d'extinction s'applique aux meubles, corporels ou incorporels ; le droit de séparation se prescrit, quant à ces choses, par le laps de trois ans.

Quant aux immeubles, le droit de séparation est imprescriptible : tant qu'ils existent entre les mains de l'héritier, la séparation peut en être demandée.

La loi a pensé qu'après un certain laps de temps les meubles du défunt seraient tellement mêlés à ceux de l'héritier, qu'il serait impossible, ou au moins très-difficile, de les distinguer les uns des autres : le triage à faire eût donné lieu à trop de procès. De là la prescription de trois ans. — Quant aux immeubles, ce danger n'existe pas : car il est toujours facile de les distinguer de ceux de l'héritier. De là la règle qu'on peut en demander la séparation tant que l'héritier les possède.

Peut-être la loi eût-elle bien fait d'assimiler aux immeubles les meubles corporels : ces choses, en effet, ne sont pas plus susceptibles de confusion que les immeubles.

L'aliénation des biens de la succession fait-elle perdre le droit de demander la séparation ?

4° *Aliénation des biens de la succession par l'héritier.* — Ce mode d'extinction s'applique aux meubles comme aux immeubles. La loi, il est vrai, ne l'applique expressément qu'aux immeubles ; mais la règle posée pour les biens immobiliers doit, *à fortiori*, être suivie pour les biens mobiliers.

L'hypothèque constituée par l'héritier sur un immeuble de la succession nuit-elle aux créanciers qui demandent la séparation des patrimoines ?

474. — L'hypothèque constituée par l'héritier sur un immeuble de la succession n'empêche point les créanciers du défunt de demander la séparation des patrimoines quant à cet immeuble, et d'être payés, sur le prix en provenant, par préférence au créancier hypothécaire de l'héritier. Ainsi, le droit de séparation, qui, du moins d'après le texte de l'art. 880, n'est pas opposable aux tiers

acquéreurs des biens de la succession, produit tout son effet contre les créanciers personnels de l'héritier, auxquels ils ont été hypothéqués : c'est un droit de *préférence*, mais ce n'est pas un droit de *suite* (voy. toutefois, au t. III, sous les nos 1403 et s., l'explic. de l'art. 2111).

La séparation peut-elle être demandée quant au prix provenant de la vente que l'héritier a faite des biens ? Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

475. — Si le prix des immeubles aliénés est encore dû, la créance du prix, étant une chose reconnaissable et distincte des biens de l'héritier, est subrogée à l'immeuble aliéné (art. 747, arg. d'anal.), et la séparation peut en être demandée ; mais elle doit l'être dans les trois ans à compter de l'aliénation, car cette créance est mobilière, et quant aux meubles le droit de séparation se prescrit par trois ans. — Si le prix a été payé, le droit de séparation est alors perdu, et quant à l'immeuble aliéné, et quant au prix en provenant. Les écus qu'a touchés l'héritier ne sont pas subrogés à l'immeuble. Ils se sont confondus dans sa caisse avec ses autres écus. Rien ne prouve d'ailleurs qu'il ne les a pas consommés, dissipés : les sommes dont il est actuellement propriétaire peuvent, en effet, provenir d'une autre source.

476. — En résumé :

1° Le bénéfice de séparation des patrimoines peut être demandé par les créanciers et par les légataires du défunt.

2° Demander la séparation, c'est, par là même, refuser d'accepter l'héritier pour débiteur. Accepter l'héritier pour débiteur, c'est, par là même, renoncer au droit de demander la séparation. D'où cette conséquence : les créanciers qui demandent la séparation ne sont point recevables à se faire payer, tout à la fois, sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et sur les biens de l'héritier, en concours avec ses créanciers personnels.

3° L'effet du bénéfice de séparation est donc de faire considérer comme vivant un débiteur décédé : ses créanciers sont payés sur les biens qu'il a laissés, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et ceux-ci sur les biens propres de l'héritier, par préférence aux créanciers du défunt.

4° La séparation n'ayant d'effet qu'entre les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier, elle cesse dès que l'une des deux classes de créanciers est satisfaite. D'où cette autre conséquence : les créanciers du défunt peuvent, lorsque les biens de la succession n'ont pas suffi pour les payer intégralement, se venger sur les biens propres de l'héritier, après l'acquittement de ses dettes personnelles.

5° La séparation n'a aucun effet, soit entre les créanciers du défunt, soit entre eux et les légataires.

6° Les créanciers héréditaires la demandent, en l'opposant *par voie d'exception* aux créanciers de l'héritier qui réclament un dividende sur les sommes provenant de la vente des biens de la succession.

7° Le droit de préférence qu'elle engendre s'exerce sur les biens

dont le débiteur était propriétaire au moment de son décès, et sur les fruits échus ou perçus depuis l'ouverture de la succession. Les biens rapportés par ses héritiers figurent, non pas dans la masse des biens du défunt, mais dans celle des héritiers.

8° Le droit de la demander se perd : par la renonciation expresse ou tacite ; par la confusion des biens meubles du défunt avec ceux de l'héritier, lorsqu'elle est telle qu'il est impossible de les distinguer les uns des autres ; par l'aliénation des biens meubles ou immeubles faite par l'héritier ; enfin par la prescription de trois ans, quant aux meubles (1).

Art. 881.

Lorsque le *de cujus* est mort insolvable, et que l'héritier est solvable, les créanciers de ce dernier peuvent-ils demander la séparation des patrimoines?

Pourquoi ne le peuvent-ils pas?

477. — V. *Des garanties que la loi donne aux créanciers personnels des héritiers.* — Lorsque c'est l'héritier qui est solvable et le *de cujus* insolvable, les créanciers personnels de l'héritier auraient intérêt à demander la séparation des patrimoines ; ils ne le peuvent point cependant. Cette différence entre les créanciers personnels de l'héritier et les créanciers du défunt a son explication.

La personne qui a des dettes n'est pas incapable d'en contracter de nouvelles. Ses créanciers, lorsqu'ils n'ont pas le soin de se faire donner des sûretés particulières, telles qu'un gage ou une hypothèque, acceptent volontairement le risque de son insolvabilité. Or, c'est une dette nouvelle que leur débiteur contracte en acceptant la succession : ils doivent donc la subir comme ils subiraient toute autre dette. Ils n'ont pas le droit de se plaindre du préjudice qu'elle leur cause : car ils ont dû le prévoir et ils n'ont rien fait pour l'éviter. Quant aux créanciers héréditaires, ils n'ont suivi que la foi du défunt ; c'est en lui seulement qu'ils ont eu confiance : on ne peut donc point les forcer d'accepter pour débiteur l'héritier avec lequel ils n'ont point traité.

Quelle ressource la loi leur accorde-t-elle?

Il est, au reste, bien entendu que, si l'héritier fait une acceptation pure et simple, *en fraude de ses créanciers*, ceux-ci peuvent attaquer cette acceptation et la faire rescinder dans leur intérêt, conformément au principe général de l'art. 1167.

Art. 882.

N'ont-ils pas le droit d'intervenir au partage et de s'opposer à ce qu'il soit fait en-dehors de leur présence?

Quel intérêt ont-ils à y intervenir?

478. — Les créanciers d'un copartageant, qui craignent que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence (voy. la Form. 291).

Quelles fraudes sont donc à craindre? — Elles sont de plusieurs sortes :

1° Les copartageants peuvent colluder, à l'effet d'attribuer à l'un d'eux, qui a des créanciers, un lot très-faible, et un lot très-fort à ceux qui n'en ont pas, sauf à rétablir entre eux l'égalité par des actes secrets.

2° Ils peuvent s'entendre à l'effet de mettre dans le lot de celui

(1) Je viens d'exposer la théorie de la séparation des patrimoines telle qu'elle a été organisée, au Titre *Des successions*, par les art. 878 à 880. Mais je dois prévenir le lecteur que cette explication n'est, en quelque sorte, que provisoire : car la séparation a été modifiée au Titre *Des privilèges*, par l'article 2111.

d'entre eux qui redoute l'action de ses créanciers, et qui veut s'y soustraire, des choses faciles à cacher, telles que des objets mobiliers, des sommes d'argent.

Les créanciers présents au partage préviennent ces fraudes en demandant que les lots soient faits conformément aux règles prescrites par les art. 831 et 832.

3° L'un des héritiers a consenti une hypothèque sur un immeuble que lui a donné le défunt. Si le rapport a lieu en moins prenant, le créancier conservera l'hypothèque qui fait sa sûreté; il la conservera encore, quoique le rapport soit fait en nature, si l'immeuble tombe dans le lot de celui de qui il la tient (voy. le n° 412). Mais celui-ci peut, d'accord avec ses cohéritiers, la lui faire perdre, soit en faisant *en nature* un rapport qu'il pourrait faire *en moins prenant*, soit, dans l'hypothèse d'un rapport en nature, en s'arrangeant de manière à faire tomber dans le lot d'un de ses cohéritiers l'immeuble grevé de l'hypothèque (voy. le n° 411). Le créancier empêchera ces fraudes, en exigeant que le rapport soit fait en moins prenant, s'il peut l'être de cette manière, et, dans le cas contraire, en exigeant que les lots soient tirés au sort, conformément à l'art. 834.

4° L'un des héritiers a, pendant l'indivision, affecté par hypothèque un des immeubles de la succession au paiement d'une dette qui lui est personnelle : si cet immeuble tombe dans son lot, l'hypothèque par lui consentie est valable; elle est nulle dans le cas contraire (voy. les n°s 481 et 482). Il est à craindre, par conséquent, que l'héritier qui l'a consentie ne s'entende avec ses cohéritiers à l'effet de mettre dans le lot de l'un d'eux l'immeuble hypothéqué. Le créancier préviendra cette fraude en exigeant que les lots soient tirés au sort.

Ainsi, les créanciers, ou, plus généralement, les ayant-cause d'un héritier, peuvent faire savoir, par exploit d'huissier, à ses copartageants, l'intention où ils sont d'assister aux opérations de partage. Dans cette hypothèse, le partage qui est fait en dehors de leur présence et qui préjudicie à leurs droits peut être annulé sur leur demande. — Que si, au contraire, ils n'usent point du secours que la loi leur accorde, le partage, quoique fait en dehors de leur présence, est irrévocable à leur égard : la loi n'a pas à s'occuper de l'intérêt de ceux qui ont négligé de se servir du moyen qu'elle avait mis à leur disposition pour les sauvegarder.

SECTION IV. — DES EFFETS DU PARTAGE (1).

§ I. — *Effet général.*

479. — Le partage est, selon le droit romain, *translatif;* selon le droit français, simplement *déclaratif* de propriété. Cette différence a besoin d'être expliquée.

(1) Voy., sur cette matière, mon *Traité de la transcription*, au mot *Partage*.

Art. 883.

Quel est l'effet du partage ?

Que signifie le principe que le partage était, en droit romain, *translatif* de propriété ?

Comment faut-il entendre la règle qu'il est, chez nous, simplement *déclaratif* de propriété ?

En droit romain, le partage est un *échange* que font entre eux les copartageants; chacun d'eux transfère à ses cohéritiers le droit qu'il avait sur les choses comprises dans leurs lots, et reçoit, en échange, de chacun d'eux, le droit qu'ils avaient sur les biens qui lui sont attribués. Ainsi, le partage est pour chacun des copartageants tout à la fois un titre *d'acquisition* et un titre *d'aliénation*. Soient deux héritiers, *Primus* et *Secundus*, deux immeubles à partager, la maison A et la maison B; la maison A est attribuée à *Primus*, et la maison B à *Secundus* : chacun d'eux a conservé la fraction de propriété qu'il avait, comme héritier, sur l'immeuble à lui échu, et acquis la fraction qui appartenait à son copartageant. Ainsi, *Primus*, actuellement propriétaire exclusif de la maison A, la tient, pour une moitié, du chef du défunt; pour l'autre moitié, du chef de *Secundus* ; *Secundus*, actuellement propriétaire exclusif de la maison B, la tient, pour une moitié, du chef du défunt, pour l'autre moitié, du chef de *Primus*. Le partage est donc *translatif* de propriété, puisqu'il transporte à chacune des parties le droit qu'avaient ses copartageants sur les objets qui composent son lot (1).

480. — En droit français, le partage, à ne considérer que la réalité des choses, est aussi un véritable échange; mais une fiction a été admise, dont le but est de faire considérer chaque cohéritier comme ayant succédé *seul* et *immédiatement* aux effets compris dans son lot. A ce point de vue, le partage n'est plus un échange : ce n'est ni un titre *d'acquisition*, ni un titre *d'aliénation*. Les héritiers n'acquièrent rien du chef de leurs copartageants; chacun d'eux est réputé avoir toujours eu une propriété pleine et exclusive sur les objets que le partage lui attribue, et n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets compris dans le lot de ses cohéritiers. Ainsi, *Primus*, auquel a été attribuée la maison A, est censé en avoir reçu du défunt la propriété pleine, exclusive : son droit, il le tient *tout entier* du défunt; son cohéritier, *Secundus*, ne lui en a transmis aucune portion. Dans ce système, le partage n'est que *déterminatif* ou *déclaratif* de propriété, puisqu'il n'a d'autre effet que de désigner, de déterminer les objets sur lesquels chaque héritier est réputé avoir eu, *à priori*, du jour même de l'ouverture de la succession, une propriété pleine et exclusive.

Quelle est la raison de l'innovation introduite par le Code?

Quelles conséquences entraîne-t-elle?

481. — Quand elle a ainsi substitué la fiction à la réalité, la loi française a eu pour but d'assurer la paix des familles, en prévenant les recours d'héritier à héritier que faisait naître la théorie romaine. Je prends une espèce.

L'un des héritiers, *Primus*, a constitué, pendant que l'indivision durait encore, une hypothèque, une servitude réelle ou personnelle, sur l'un des immeubles de la succession, sur la maison A : selon le principe du droit romain, ces charges continuent de grever le droit indivis sur lequel *Primus* les a constituées, soit que la

(1) *Cours élémentaire de droit romain*, par M. Demangeat, t. II, p. 569 (2e édition).

maison A tombe dans son lot, soit qu'elle tombe dans le lot de son cohéritier *Secundus*. Dans le premier cas, en effet, le droit sur lequel elles portent reste à celui qui les a constituées ; dans le second, il passe à *Secundus* tel que l'avait *Primus*, de qui il le tient. Chaque héritier était donc obligé de respecter les charges réelles que ses copartageants avaient constituées sur le droit indivis qu'il tenait d'eux, d'acquitter, par conséquent, les dettes auxquelles avaient été hypothéquées les différentes fractions que le partage lui avait fait acquérir, ou de souffrir les droits de servitude dont elles avaient été grevées. De là des recours répétés d'héritier à héritier, des conflits entre les membres de la même famille, des procès fort dangereux. On sauvegardait l'intérêt des tiers, mais la sécurité des familles était anéantie. — Cette série de recours n'a plus lieu avec la fiction de l'art. 883 : car, sous l'empire de ce nouveau principe, chaque copartageant reçoit les objets compris dans son lot dans l'état où ils étaient au moment même de l'ouverture de la succession, tels qu'ils étaient, en un mot, dans les mains du *de cujus* au moment de sa mort ; c'est, en effet, de lui seul qu'il les tient. Toutes les charges réelles dont ils ont été grevés du chef des copartageants pendant l'indivision sont nulles, puisque ceux qui les ont consenties sont réputés n'avoir jamais eu sur eux aucun droit de propriété. La sécurité des partages se trouve ainsi assurée ; on évite des recours successifs, on ferme la porte aux procès.

L'hypothèque constituée pendant l'indivision sur un immeuble de la succession par l'un des héritiers est-elle valable ?

482. — La question de savoir si les hypothèques ou servitudes constituées par l'un des héritiers sur l'un des immeubles de la succession sont ou non valables ne peut pas être résolue *à priori* ; c'est le résultat du partage qui en décide. L'immeuble grevé de ces charges tombe-t-il dans le lot de ceux qui ne les ont pas consenties : elles sont nulles, car elles ont été constituées *à non domino*. Échoit-il à celui qui les a établies : elles sont valables alors, puisqu'elles émanent d'un véritable propriétaire.

Lorsqu'elle est valable, porte-t-elle sur l'immeuble entier ou seulement sur la part de l'héritier qui l'a établie ?

Mais, dans cette dernière hypothèse, frappent-elles sur l'immeuble entier ou seulement sur la fraction qui, au moment où elles ont été constituées, appartenait à l'héritier duquel elles émanent ? Tout dépend de l'intention des parties : ces charges, en effet, ont toute l'étendue, et ne peuvent avoir que l'étendue, qui leur a été donnée par les contractants (1).

(1) Marc. sur l'art. 883, n° 415. — L'un des héritiers, *Primus*, vend à un étranger, à Paul, le droit indivis qu'il a sur l'un des immeubles de la succession, sur la maison A : l'efficacité de cette aliénation dépend-elle du résultat du partage ? Pourquoi non ? L'art. 883 distingue-t-il donc entre le cas où l'un des héritiers constitue un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque sur son droit indivis, et le cas où il aliène ce droit ? Quelques personnes cependant soutiennent que cette aliénation est valable *à priori*. « L'art. 883, disent-elles, n'a trait qu'aux objets qui sont compris dans le partage que les héritiers font entre eux ; or, *Primus* a cessé d'être dans l'indivision avec ses cohéritiers, *quant à la maison* A. Paul a succédé à son droit indivis : l'indivision existant entre Paul et les cohéritiers de *Pri-*

483. — Ce qui vient d'être dit des objets que le partage attribue à l'un des héritiers s'applique également à ceux qui lui sont échus par *licitation :* c'est une conséquence naturelle et nécessaire du principe que la licitation n'est entre héritiers, au moins quand c'est l'un d'eux qui se porte adjudicataire, qu'une opération préparatoire du partage (voy. les nos 341 et 343).

La fiction de l'article 883 s'applique-t-elle aux biens *licités*?

484. — Mais que décider si c'est un tiers qui s'est porté adjudicataire de l'immeuble licité ? Faut-il, même dans cette hypothèse, appliquer l'art. 883? — L'intérêt de la question est facile à comprendre. La résout-on affirmativement : les charges réelles, constituées pendant l'indivision par l'un des héritiers, sont nulles et sans effet. La résout-on négativement : l'adjudicataire est tenu de les respecter, jusqu'à concurrence de la fraction qu'avait dans l'immeuble licité l'héritier qui les a constituées.

Quid, si l'adjudicataire est une personne étrangère au partage?

La négative est généralement admise. Lorsque l'immeuble est adjugé à un tiers étranger à la succession, la licitation n'étant alors qu'une *vente* consentie par la masse des héritiers à l'adjudicataire, les principes de *la vente* doivent recevoir leur application ordinaire ; or, il est de principe que l'acheteur d'un immeuble le prend avec toutes les charges dont a été grevée la portion qu'avait dans l'immeuble vendu celui des copropriétaires qui les a constituées.

Cette distinction entre le cas où l'immeuble est adjugé à un étranger et le cas où il est adjugé à l'un des héritiers est d'ailleurs implicitement écrite dans l'art. 883 lui-même, puisqu'il n'y est question que des immeubles échus par licitation *à l'un des héritiers*.

485. — Ce système est conforme au texte de la loi, je le reconnais. Mais est-il conforme à son esprit?. Évidemment, non ! Qu'a-t-elle voulu, en effet? faciliter la cessation de l'indivision, assurer la tranquillité des familles en assurant la stabilité des partages ! c'est dans ce but qu'elle annule tout acte qui pourrait l'entraver

mus, c'est entre eux que se fera le partage, quant à la maison A. » — Ce raisonnement n'est qu'une pétition de principe. On affirme que l'aliénation est valable, que Paul a succédé au droit indivis de *Primus*, et c'est précisément ce qui est à prouver ! Ce qui montre bien le vice de ce raisonnement, c'est que, s'il était juste, l'art. 883 ne recevrait jamais son application. Je suppose que *Primus* a constitué, au profit de Paul, un droit d'usufruit sur la fraction qu'il a dans la maison A : ne pourrait-on pas dire alors que la maison A n'est plus, *quant à l'usufruit*, dans l'indivision entre *Primus* et ses cohéritiers; qu'en ce qui touche l'*usufruit*, l'indivision existe entre Paul et les cohéritiers de *Primus*, et que c'est entre eux, par conséquent, que le partage, quant à la jouissance de la maison A, doit être fait? Personne cependant n'ose aller jusque-là ! or, ce qui est vrai de l'aliénation partielle est également vrai de l'aliénation intégrale: car, je le répète, l'art. 883 ne distingue pas. Tant que dure l'indivision, chaque héritier a, sur les biens de la succession, un droit indéterminé. Le partage indique ceux dont il a toujours eu une propriété exclusive, et ceux sur lesquels il n'a jamais eu aucun droit. Tous les actes faits par l'un des héritiers sur les biens de la succession sont dès lors subordonnés, quant à leur validité, au résultat du partage (MM. Val.; Dem., t. III, n° 225 *bis*, V; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 267; Demol., t. V, n° 306).

ou faire naître des recours d'héritier à héritier (voy. le n° 481). Or, si l'adjudicataire étranger est obligé de respecter les charges qui ont été constituées par l'un des héritiers sur la fraction qu'il avait dans l'immeuble licité, le partage pourra être entravé, des recours entre héritiers pourront avoir lieu, la tranquillité de la famille ne sera pas assurée. Les tiers qui connaîtront l'existence de ces charges s'abstiendront, en effet, de se porter adjudicataires, ou n'offriront qu'un moindre prix : l'adjudication ne se fera pas ou se fera mal. De là une entrave au partage ! Si la licitation a lieu, les évictions que subira l'adjudicataire feront naître à son profit un recours en garantie contre son vendeur, c'est-à-dire contre la masse des cohéritiers. Ceux-ci recourront alors contre celui d'entre eux qui les aura, par son fait personnel, exposés à ce recours. De là peut-être des procès entre les membres de la même famille !

Dès lors, quelle raison y a-t-il de distinguer entre le cas où l'adjudicataire est un étranger et celui où l'immeuble a été adjugé à l'un des héritiers? Je sais bien qu'à l'égard de l'adjudicataire étranger, la licitation ne peut pas être considérée comme un partage; qu'elle n'est, quant à lui, qu'une véritable *vente*. Mais cette vente, à quel titre a-t-elle été consentie par les héritiers ? n'est-ce pas dans le but de préparer, de faciliter le partage ? Elle a donc, *quant à eux*, les caractères d'une opération de partage ; et, si c'est un acte de partage, pourquoi ne pas lui en attribuer les effets (1) ?

La fiction de l'article 883 est-elle applicable aux meubles incorporels, aux *créances* ?

486. — Le principe que le partage est, non pas *translatif*, mais simplement *déclaratif* de propriété, est-il applicable aux choses *incorporelles*, par exemple, aux *créances?*

Soient une créance de 1,000 fr., et deux héritiers par égales portions, *Primus* et *Secundus;* cette créance a été comprise, pour le tout, dans l'un des lots : le partage est-il, quant à cette créance, *déclaratif* ou *translatif* de propriété ? *Primus*, dans le lot duquel elle a été mise, est-il censé avoir toujours eu, c'est-à-dire du jour même de l'ouverture de la succession, la propriété exclusive de cette créance? Est-il censé la tenir *tout entière* du défunt ? La tient-il, au contraire, pour une moitié, du chef du défunt, et, pour l'autre moitié, du chef de son cohéritier *Secundus* ? En d'autres termes, l'opération intervenue entre les deux héritiers est-elle un *partage* ou une *cession ?*

Quel est l'intérêt de cette question ?

Plusieurs questions dépendent de la solution de celle-ci.

Si *Primus*, qui a dans son lot la créance entière, est un véritable *cessionnaire* de la part de créance qui appartenait à *Secundus*, le partage ne lui transfère sur cette part qu'une propriété *relative* il n'en est saisi, *à l'égard des tiers*, qu'à partir du moment où il a obtenu, du débiteur cédé, une acceptation authentique de la cession, ou du moment qu'il la lui a fait notifier (art. 1690) : jusqu'à l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces formalités, la por-

(1) M. Val. — *Contrà* MM. Dur., t. VII, n° 520; Dem., t. III, n° 225 *bis*, IV ; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, 266 ; Demol., t. V, n° 272.

tion de créance qui appartenait au cédant reste sur sa tête. De là plusieurs conséquences : 1° le paiement fait par le débiteur entre les mains de *Secundus* (le cédant) est opposable à *Primus* (le cessionnaire) ; — 2° si le débiteur est ou s'il devient, même depuis le partage, créancier de *Secundus*, la compensation qu'il pourrait opposer à celui-ci est également opposable à son ayant-cause, à *Primus* (art. 1295) ; — 3° la cession que *Secundus* fait à un tiers de la fraction qui lui appartient encore dans la créance est valable à l'égard de *Primus*, si le second cessionnaire accomplit, avant lui, l'une des formalités prescrites par l'art. 1690 ; — 4° les créanciers de *Secundus* peuvent valablement frapper de saisie-arrêt la fraction de créance dont il reste saisi, tant que *Primus* ne s'est pas mis en règle (voy., sur ces différents points, l'explic. de l'article 1690).

Aucune de ces conséquences, au contraire, n'est possible si l'opération intervenue entre *Primus* et *Secundus* est un *partage* régi par le principe de l'art. 883. Alors, en effet, la créance est réputée n'avoir jamais appartenu à *Secundus* : *Primus* en a eu la propriété exclusive dès l'ouverture de la succession.

Résolvant la question, je dis que l'art. 883 n'est et ne peut être applicable qu'aux objets susceptibles de faire la matière d'un *partage*, c'est-à-dire qu'aux objets qui sont *dans l'indivision*. Or, les créances laissées par le défunt ne sont pas *dans l'indivision* : car la loi, *les divisant* A PRIORI, les partage elle-même entre les héritiers: chacun d'eux reçoit une fraction de chacune d'elles (art. 1220).

Mais, dit-on, il résulte des termes de l'art. 832 que les créances laissées par le défunt peuvent être comprises dans le partage : l'art. 883 leur est donc applicable, puisqu'il régit tous les biens que les héritiers ont partagés entre eux ! — Je réponds que l'art. 832 est étranger aux *effets* du partage : il a uniquement pour but d'indiquer la manière dont les lots doivent être faits. Il n'est pas toujours facile de composer des lots parfaitement égaux, car les biens indivis sont rarement de même valeur ; l'art. 832 indique le moyen à suivre pour triompher de cet obstacle : il veut qu'on mette, avec les biens qui valent le moins, une créance intégrale qui efface l'inégalité. Soient deux héritiers, une créance de 3,000 fr., et deux immeubles dont l'un vaut 20,000 fr. et l'autre 17,000 : si la créance de 3,000 fr. est comprise dans le lot où figure l'immeuble de 17,000 fr., l'égalité se trouvera ainsi rétablie. Mais la convention par laquelle les héritiers sont convenus que la créance entière appartiendra à l'un d'eux, n'est pas, quant à cette créance, un *partage*, puisque cette créance n'était pas dans l'indivision ; c'est une *cession* que l'un d'eux fait à l'autre, *à titre d'indemnité*. La portion de créance qu'il lui abandonne est une soulte qu'il paie ; peu importe qu'il la paie avec la fraction de créance que le défunt lui a transmise et qui déjà est entrée dans son patrimoine, ou avec tout autre bien (1).

(1) MM. Dur., t. VII, nos 163, 429 et 519; Val.; Dem., t. III, 225 *bis*, VII;

§ II. — *De l'obligation de garantie dont est tenu chaque héritier envers ses copartageants.*

Art. 884.

Les copartageants ne sont-ils pas tenus les uns envers les autres à une certaine garantie ?

Quel est le fondement de cette obligation de garantie ?

487.—I. *Du fondement de cette obligation.*—La loi veut que les lots soient faits conformément au principe d'égalité absolue ou relative qui est la base du système successoral (art. 831). De là naît, pour chaque copartageant, l'obligation de rétablir l'égalité *lorsqu'elle n'existe qu'en apparence;* de là l'obligation d'indemniser celui d'entre eux qui, par suite d'un événement *dont la cause est préexistante au partage*, se trouve évincé des objets ou de quelques-uns des objets qui composent son lot.

Quels sont les troubles et évictions dont les copartageants sont garants ?

488. — II. *Des troubles et évictions dont les copartageants sont garants.* — Les copartageants ne sont responsables entre eux que des troubles et évictions qui procèdent d'une cause *antérieure* au partage. Quant à ceux dont la cause est *postérieure*, ils n'en répondent point, car ces troubles et évictions n'empêchent point que l'égalité n'ait existé au moment du partage.

Un immeuble qui n'appartenait pas au *de cujus* a été compris dans le partage et attribué à l'un de ses héritiers; un tiers le revendique et triomphe ; — le *de cujus* avait acheté un immeuble que son vendeur avait affecté par hypothèque au paiement de l'un de ses créanciers ; l'héritier qui a dans son lot l'immeuble hypothéqué, étant poursuivi par le créancier hypothécaire, délaisse l'immeuble, ou le conserve en désintéressant de ses deniers le créancier hypothécaire ; — le *de cujus* avait grevé un de ses immeubles d'une servitude non apparente ; cette servitude est reconnue après le partage, et l'héritier qui a dans son lot l'immeuble sur lequel elle porte est obligé de la subir...

Dans ces différentes hypothèses, l'éviction procède d'une cause antérieure au partage : l'héritier qui la souffre a droit à garantie.

L'un des héritiers est exproprié d'un immeuble pour cause d'utilité publique et ne reçoit de l'Etat qu'une indemnité inférieure à la valeur qu'avait l'immeuble dont il est évincé. Dans ce cas, aucune garantie ne lui est due : car l'éviction qu'il a soufferte ne procède pas d'une cause antérieure au partage. La perte qu'il éprouve résulte d'un accident, et les héritiers ne sont pas garants entre eux des pertes qu'ils éprouvent par suite de cas fortuits. L'héritier qui n'a pas été suffisamment indemnisé par l'Etat n'a pas plus le

Duv. — On décide, dans un système intermédiaire, que l'art. 883 régit les créances héréditaires, en ce sens que l'héritier dans le lot duquel elles ont été placées est censé en avoir été *seul* saisi *ab initio*, de telle sorte qu'on ne peut désormais lui opposer, du chef de ses cohéritiers, aucun paiement, aucune compensation, aucune cession, aucune saisie-arrêt, dont l'effet libératoire ou translatif n'a pas été *définitivement accompli avant le partage*. Les mêmes actes échappent, quand ils ont acquis leur perfection avant le partage, à son effet rétroactif (Marc., art. 883; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 345 et suiv.; Demol., . V, n° 295).

droit de se plaindre que celui qui a vu périr dans un incendie les objets qui composaient son lot.

489. — Les héritiers ne répondent pas des évictions dont la cause est *antérieure* au partage, lorsqu'elles ont été *spécialement* prévues et qu'il a été convenu, par une clause expresse, qu'elles ne donneront pas ouverture à l'obligation de garantie si elles ont lieu. Le partage rentre alors dans la classe des contrats *aléatoires :* car la chance de perte dont est chargé le lot où se trouve compris le bien sujet à l'éviction a dû être, la loi le présume, compensée par quelque chance de gain.

Sont-ils toujours garants des évictions dont la cause est *antérieure* au partage? Quel est le motif de cette exception?

Remarquons, à ce sujet, les termes de la loi : « La garantie n'a « pas lieu si *l'espèce* d'éviction soufferte a été exceptée par une « clause particulière et *expresse* de l'acte de partage... »

L'espèce d'éviction... Concluons-en que la clause *générale* par laquelle les copartageants s'affranchissent de toute garantie n'est pas permise en matière de partage. La loi a considéré, sans doute, que cette clause pourrait cacher des surprises; qu'elle pourrait n'être pas stipulée, de la part de certains copartageants, en parfaite connaissance de cause.

La clause *générale* de non-garantie est-elle permise? Pourquoi ne l'est-elle pas?

Par une clause particulière et expresse..... La loi rejette donc la clause tacite de non-garantie. Ainsi, la connaissance même qu'avait du danger de l'éviction, au moment du partage, l'héritier évincé, ne suffit pas pour exclure la garantie. — Il ne faut pas toutefois exagérer ce principe. La loi suppose évidemment qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une éviction dont la cause n'est pas apparente. La question de savoir si l'héritier qui subit l'éviction n'en connaissait pas la cause au moment du partage, si, dans l'estimation du bien qui y était soumis, on a ou non tenu compte de la moins-value résultant du danger auquel il était exposé, cette question aurait donné lieu à des procès qu'il fallait éviter. Mais, si la cause d'éviction était telle qu'elle n'a pu être ignorée des parties, si elle consiste, par exemple, dans une servitude apparente, le cohéritier ainsi évincé n'a pas droit à garantie (art. 1638, arg. d'anal.); aucune indemnité ne lui est due, *parce qu'il a été indemnisé d'avance!* Il a été indemnisé d'avance : car, dans l'estimation de l'immeuble grevé de la servitude, on a nécessairement tenu compte de la moins-value qui en résultait.

La clause *tacite* de non-garantie est-elle reçue par la loi? *Quid*, si l'un des copartageants n'a pas pu, tant la cause était apparente, ignorer que tel bien mis dans son lot était sujet à éviction?

490. — Enfin, il est bien entendu que les évictions qu'un copartageant souffre par sa faute doivent être supportées par lui seul.

491. — En résumé, la garantie n'est due qu'autant que ces quatre conditions concourent. Il faut : 1° que l'éviction soufferte procède d'une cause antérieure au partage ; 2° que la cause de cette éviction ne soit pas apparente; 3° si elle est non apparente, qu'elle n'ait pas été prévue ; 4° qu'elle n'ait pas été soufferte par la faute de l'héritier.

492. — III. *Comment s'exerce l'action en garantie.* — Elle s'exerce ou par une demande incidente ou par une demande principale.

Comment s'exerce l'action en garantie?

Un héritier est poursuivi en revendication d'un immeuble mis dans son lot. Il a le choix entre deux partis :

1° Il peut appeler en cause ses cohéritiers, — afin qu'ils concourent avec lui à repousser le danger commun, ou qu'ils l'indemnisent de l'éviction, si elle a lieu. Dans ce cas, le tribunal statue en même temps sur la demande en revendication, formée contre l'héritier, et sur la demande en garantie, formée par ce dernier contre ses cohéritiers.

2° Il peut, s'il le préfère, plaider seul, — sauf, s'il succombe, à former contre ses cohéritiers une demande principale en garantie (art. 175 et suiv., C. pr.).

Laquelle des deux voies indiquées vaut le mieux ?

Le premier parti est bien plus prudent que le second. L'héritier menacé de l'éviction appelle-t-il en cause ses cohéritiers : d'une part, il évite des lenteurs, en même temps qu'il économise les frais du procès : tout est réglé par un seul jugement, tandis qu'il en faut deux lorsqu'il plaide seul, et qu'après avoir succombé il recourt contre ses cohéritiers ; et, d'autre part, il met le procès aux risques et périls de la succession : les frais qu'il occasionne, les erreurs des juges, constituent alors une perte commune. Plaide-t-il seul : ses cohéritiers peuvent prétendre qu'il a eu tort de plaider, qu'il aurait dû acquiescer à la demande formée contre lui, que c'est à lui, par conséquent, à supporter les frais du procès qu'il a mal à propos soutenu. Ils peuvent même, si le jugement n'est pas ou n'est plus susceptible d'appel, élever une prétention plus grave encore : « Vous avez succombé, peuvent-ils dire, parce que vous vous êtes mal défendu, parce que vous avez négligé de faire valoir tel moyen de défense que nous eussions invoqué si vous nous aviez appelés en cause. C'est par votre faute que vous avez été évincé : supportez les conséquences de votre négligence. »

Mais, dira-t-on peut-être, il y a *chose jugée*, et on ne prouve pas contre elle ! Je réponds que, les cohéritiers de celui qui a été évincé n'ayant pas été mis en cause, il n'y a pas eu chose jugée à leur égard (art. 1351). — Du reste, il est bien entendu qu'il y a présomption que le procès a été bien conduit par l'héritier évincé et que les juges ont bien jugé : c'est donc à ses cohéritiers à faire preuve du contraire.

Art. 885.

Lorsque l'un des héritiers subit une éviction, le partage est-il rescindable ?

Pourquoi ne l'est-il pas ?

Comment rétablit-on l'égalité que l'éviction a détruite ?

493. — IV. *Règlement de l'indemnité.* — Il semble qu'en cas d'éviction, le partage devrait être refait : car c'est la manière la plus naturelle de rétablir l'égalité que l'éviction a détruite. Mais la rescision du partage aurait pour effet d'anéantir les droits légitimement acquis par des tiers de bonne foi sur les biens compris dans les lots des copartageants ; la loi, dans l'intérêt de la circulation des biens et du crédit public, préfère le maintenir, sauf à indemniser, au moyen d'une somme d'argent, le copartageant qui a souffert de l'éviction.

Quel est le montant de l'indemnité dus à l'héritier évincé ?

Pourquoi est-il réglé

Le montant de l'indemnité doit *être réglé d'après la valeur que l'éviction enlève à l'héritier qui la subit :* l'art. 885 est formel à cet égard. Il faut donc, pour le régler, considérer, non pas la valeur

qu'avait *au moment du partage* le bien qui lui a été enlevé, mais celle qu'il avait *au moment de l'éviction*. Autrement, l'égalité serait blessée pour ou contre lui : car, tandis qu'il serait étranger aux bonnes ou mauvaises chances auxquelles tous les biens sont soumis, chacun de ses cohéritiers profiterait des améliorations survenues dans les biens composant son lot, ou supporterait le préjudice résultant de la perte ou de la détérioration de ces mêmes biens (1).

eu égard à la valeur qu'avait, *au moment de l'éviction*, l'objet dont l'héritier a été évincé ?

494. — La perte résultant de l'éviction doit être supportée par tous les héritiers, *y compris l'héritier évincé*, proportionnellement à la part héréditaire de chacun d'eux. Elle pèse, en effet, sur la succession elle-même ; c'est une perte commune.

L'héritier évincé ne doit-il pas supporter une portion de la perte résultant de l'éviction ?

495. — Si l'un de ceux contre lesquels recourt l'héritier évincé est insolvable, la perte qui résulte de cette insolvabilité, étant une suite de l'éviction, doit également être répartie, d'après la même base, entre tous les copartageants solvables, y compris l'héritier évincé.

Quid, si l'un des garants est insolvable ?

496. — V. *De l'obligation de garantie appliquée aux créances qui ont été comprises dans le lot d'un des héritiers.* — Nous savons qu'on peut mettre une créance intégrale dans un lot et que cette attribution de la créance à l'un des héritiers n'est autre chose, quant à la part afférente aux autres héritiers, qu'une véritable *cession* (voy. le n° 486). Dans cette hypothèse, qu'est-ce qui adviendra si l'héritier est évincé de la créance qui lui est attribuée ?

Qu'arrive-t-il lorsque l'un des héritiers est évincé d'une créance qui avait été mise dans son lot ?

Trois cas sont à considérer :

1° *La créance qui a été mise dans son lot n'existe qu'en apparence : elle est nulle ou éteinte.* — Ses cohéritiers, ses cédants, lui doivent garantie de cette éviction (art. 1693).

2° *La créance qui lui a été attribuée existe, elle est valable ; mais le débiteur était insolvable* AU MOMENT DU PARTAGE. — S'il s'agissait d'une cession ordinaire, aucune garantie ne serait due. Nous voyons, en effet, dans l'art. 1693, que le créancier qui vend sa créance *n'est garant que de son existence au moment de la cession ;* il ne répond ni de la solvabilité future, ni même de la solvabilité actuelle du débiteur. Mais il ne saurait en être de même en matière de partage : car l'égalité serait rompue, si, pendant que les héritiers cédants ont, chacun dans son lot, des choses utiles, d'une valeur réelle, l'héritier cessionnaire n'avait, lui, qu'une créance, existant il est vrai, mais illusoire en fait, sans valeur réelle. Si la garantie de la solvabilité du débiteur cédé n'est pas due aux cessionnaires ordinaires, aux acheteurs de créances, c'est que la loi les voit d'un mauvais œil : ce sont des spéculateurs, des hommes processifs : ils ne méritent aucune protection particulière. Mais la cession qui a lieu en matière de partage n'a pas ces caractères ; ce n'est pas une spéculation : la loi doit la favoriser, puisqu'elle a pour but et pour résultat la conclusion d'un partage.

Si la personne contre laquelle existe cette créance est insolvable au moment du partage, l'héritier a-t-il droit à garantie ?
Quelle est la raison de douter ?
De décider ?

(1) MM. Dur., t. VII, n° 546; Dem., t. III, n° 228 *bis*, I; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 274; Demangeat, *Rev. prat.*, t. IV, p. 272; Demol., t. V., n° 363.

Quid, si la personne contre laquelle existait cette créance n'est devenue insolvable qu'après le partage?

3° *La créance qui a été mise dans un lot existe; le débiteur était solvable au moment du partage; mais depuis il est devenu insolvable.* — Aucune garantie n'est due: car les objets attribués à chaque héritier sont désormais à ses risques et périls (voy. le n° 488).

Ainsi, lorsqu'une créance a été attribuée à l'un des héritiers, ses copartageants sont garants de l'existence de la créance et de la solvabilité du débiteur au moment du partage; ils ne le sont pas de sa solvabilité future.

Art. 886.

Quid, si, dans le cas où une rente a été mise dans un lot, le débiteur est insolvable au moment du partage?

497. — L'art. 886 règle le cas où une *rente* a été mise dans le lot de l'un des héritiers. Le débiteur de la rente était-il *déjà* insolvable *au moment du partage*: garantie est due à l'héritier cessionnaire, par les cédants, ses copartageants. N'est-il devenu insolvable que postérieurement au partage: aucune garantie n'est due: la rente, comme toutes autres choses, est aux risques et périls de l'héritier auquel elle est échue.

Pendant combien de temps peut-on exercer l'action en garantie?

498. — Dans le cas où la garantie est due, pendant combien de temps peut-elle être exercée? Nous trouvons ici une règle toute spéciale. Lorsqu'un héritier est évincé d'une chose corporelle, ou d'une créance, son action en garantie ne se prescrit que par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262); les trente ans ne courent que du jour de l'éviction (art. 2257). Mais, en matière de *rente*, l'action en garantie se prescrit par cinq ans seulement, et la prescription, au lieu de courir du jour de l'éviction, commence du jour du partage. — Cette différence me semble peu rationnelle. Voici pourtant l'explication qu'on en a donnée:

Une rente a pour objet, non un capital, mais des arrérages; or, les arrérages se prescrivant par cinq ans (art. 2277), il est probable que l'héritier qui a reçu une rente dans son lot se hâtera de les exiger. La loi a dû, dès lors, présumer que l'héritier qui, à partir du partage, laisse passer cinq ans sans recourir contre ses cohéritiers, a réellement reçu les arrérages de la rente qui lui a été attribuée, ce qui exclut tout recours en garantie: car l'héritier qui a touché des arrérages ne peut plus prétendre que le débiteur qui les a payés était insolvable au moment du partage.

L'art. 886 s'applique-t-il au cas où la garantie est due à raison de *l'inexistence* de la rente?

Au reste, l'art. 886, étant exceptionnel, doit être restreint au cas spécial qu'il prévoit; or, il ne règle que la garantie relative à l'*insolvabilité* du débiteur de la rente: j'en conclus que la garantie relative à son *inexistence* ne se prescrit que selon le droit commun, c'est-à-dire par trente ans, à compter du jour de l'éviction (1).

SECTION V. — DE LA RESCISION EN MATIÈRE DE PARTAGE.

§ I. — *Des causes de rescision.*

Art. 887.

Dans quel cas le

499. — L'art. 887 énumère trois causes de rescision: la *vio-*

(1) MM. Dur., t. VII, n°s 342 et 345; Val.; Dem., t. III, n° 230 *bis*, V; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 275; Demol., t. V, n° 378.

lence, le *dol* et la *lésion de plus du quart*. Quant à la violence et quant au dol, la loi n'entre dans aucun détail; j'en conclus qu'elle s'en réfère au droit commun (art. 1111 à 1117).

partage est-il rescindable?

Selon le même droit commun, les conventions faites entre parties majeures ne peuvent pas être attaquées pour cause de lésion, si énorme qu'elle soit; mais une exception a été introduite relativement à certains contrats (art. 1118), et le partage est précisément l'un de ces contrats exceptionnels. Les autres conventions à titre onéreux, telles que l'échange, la transaction, le louage, ne sont pas rescindables pour cause de lésion, parce que dans ces contrats chacune des parties spécule et s'efforce d'obtenir la meilleure condition; chacune d'elles court d'ailleurs la chance de gagner ou de perdre. Il n'existe, par conséquent, aucune raison particulière de venir au secours de celui qui a mal spéculé. — Il n'en est pas de même du partage. Ce n'est pas une spéculation, un trafic; c'est une opération de famille qui a pour base l'égalité, et l'égalité serait blessée si l'un des copartageants recevait un lot inférieur à celui des autres.

Pourquoi est-il rescindable pour cause de lésion, tandis que, selon le droit commun, les autres contrats ne sont pas rescindables pour cette cause?

Toutefois l'égalité parfaite, absolue, étant impossible, le partage n'est pas rescindable par cela seul qu'il existe une différence entre les lots attribués aux différents héritiers; ce n'est qu'au cas où cette différence constitue une lésion *de plus du quart* que la loi en autorise la rescision. Ainsi, l'héritier qui se plaint doit établir qu'il n'a pas reçu *les trois quarts* de ce qu'il aurait eu si l'égalité eût été rigoureusement observée.

Toute lésion donne-t-elle lieu à la rescision du partage?

Il n'y a pas lieu à rescision lorsque l'un des héritiers a dans son lot un quart de plus que ce à quoi il a droit, si la perte qui résulte de cette inégalité est répartie entre les autres héritiers de telle manière qu'aucun d'eux n'éprouve une lésion de plus du quart.

L'héritier qui demande la rescision du partage, pour cause de dol ou de violence, doit-il établir l'existence d'une lésion à son préjudice?

L'héritier qui attaque un partage pour cause de violence ou de dol est recevable à le faire, quoiqu'il n'établisse aucune lésion à son préjudice; il est présumé avoir intérêt à la rescision, par cela seul qu'il la demande. Réciproquement, celui qui l'attaque pour cause de lésion de plus du quart est recevable à le faire, quoique le partage ait été conclu librement et de bonne foi.

Celui qui la demande pour cause de lésion doit-il établir l'existence d'une violence ou d'un dol?

La loi ne distingue pas si les copartageants se sont entendus pour le choix des lots, ou si l'attribution s'est faite par le tirage au sort. Elle suppose, dans l'un et l'autre cas, qu'ils ont agi dans la croyance que les lots étaient égaux, ou, s'ils ont connu l'inégalité, que le cohéritier lésé était sous le coup d'une nécessité si impérieuse qu'il n'a pas eu la liberté de ne pas adhérer à tout ce qui a été fait, pressé qu'il était d'obtenir la délivrance de sa part héréditaire.

Quid, si le partage a été fait en justice?

Elle ne distingue pas non plus si le partage a été fait à l'amiable ou en justice (1). — Remarquons, toutefois, que la lésion ne saurait être une cause de rescision, s'il est intervenu, pendant les

(1) La vente est aussi, par exception, rescindable pour cause de lésion.

opérations du partage, un jugement qui a statué sur une difficulté rentrant dans la question de lésion. Ainsi, un immeuble ayant été estimé, et cette estimation ayant été critiquée, le débat a été vidé par un jugement : je dis que l'héritier dans le lot duquel se trouve cet immeuble ne doit pas être écouté s'il prétend que l'estimation qui en a été faite est exagérée et constitue à son préjudice une lésion de plus du quart : *res judicata pro veritate habetur* (art. 1351).

La lésion est-elle une cause de nullité lorsqu'il est intervenu, pendant les opérations du partage, un jugement qui a statué sur une difficulté rentrant dans la question de lésion?

500. — Lorsqu'un héritier éprouve une éviction, si la perte qui en résulte constitue à son préjudice une lésion de plus du quart, il peut exercer deux actions, à son choix : l'une en *garantie* (article 884), l'autre en *rescision*. — Ces deux actions diffèrent entre elles sous plusieurs rapports :

Quelles actions sont ouvertes au profit de l'héritier qui, par suite d'une éviction qu'il a subie, a éprouvé une lésion de plus du quart?

A-t-il le choix entre elles?

Quelles différences les séparent?

Laquelle vaut le mieux? n'est-ce pas tantôt l'une, tantôt l'autre?

1° L'*action en garantie* peut être exercée (sauf le cas prévu par l'art. 886) dans les trente ans, à compter du jour de l'éviction. L'*action en rescision* ne peut l'être que dans les dix ans à partir du partage (voy. le n° 512). Sous ce rapport, l'*action en garantie* est préférable à l'*action en rescision*.

2° L'héritier qui exerce la première n'a droit qu'à une somme d'argent. Il devient créancier de ses cohéritiers, ce qui l'oblige à recourir aux voies ordinaires que les créanciers emploient pour être payés : de là des frais, des lenteurs. — L'héritier qui exerce la seconde obtient le rétablissement de l'indivision et le bénéfice d'un nouveau partage, c'est-à-dire une indemnité en nature. Ses copartageants peuvent, il est vrai, empêcher la rescision du partage en l'indemnisant, soit en nature, soit en argent; mais ils ne jouissent de cette faveur qu'à la condition de payer cette indemnité *immédiatement*, sans aucun délai (art. 891). — A ce point de vue, c'est l'action *en rescision* qui est préférable à l'action *en garantie*.

3° En matière de *garantie*, l'indemnité se règle eu égard à la valeur qu'avait *au moment de l'éviction* le bien qui a été enlevé à l'héritier (voy. le n° 493). En matière de *rescision*, il faut, pour juger s'il y a eu lésion, estimer les objets eu égard à leur valeur *au moment du partage* (art. 890). — Sous ce rapport, l'héritier évincé a intérêt à exercer tantôt l'action *en garantie*, tantôt l'action *en rescision*. Le bien qui lui a été enlevé a-t-il augmenté de valeur depuis le partage : l'action *en garantie* est préférable, car

Mais de nombreuses différences existent, sous ce rapport, entre la vente et le partage :

1° La lésion vicie le partage des *meubles*, comme celui des *immeubles;* elle ne vicie pas la vente des meubles (art. 1674).

2° Le partage *judiciaire*, comme le partage *amiable*, est rescindable pour cause de lésion; la vente qui ne peut être faite que d'autorité de justice ne l'est pas (art. 1684).

3° La lésion *de plus du quart* suffit en matière de partage; il faut une lésion *de plus des sept douzièmes* en matière de vente (art. 1674).

4° L'action en rescision dure dix ans en matière de partage (voy. le n° 512), deux ans en matière de vente (art. 1676).

elle lui permet de conserver pour lui seul le profit de la plus-value, qui, s'il faisait rescinder le partage, profiterait à tous. Le même bien a-t-il, au contraire, subi des détériorations depuis le partage : c'est alors l'action *en rescision* qui vaut le mieux : car cette détérioration, qui serait supportée en totalité par l'héritier évincé, dans l'hypothèse de l'action *en garantie*, devient commune à tous lorsque le partage est *rescindé*.

La clause de *non-garantie* exclut-elle l'action en rescision pour cause de lésion ?

501. — La clause de *non-garantie* exclut-elle l'action en rescision *pour cause de lésion de plus du quart ?*

L'acte de partage porte que telle éviction prévue et déterminée ne donnera pas lieu à garantie si elle se réalise ; que la perte qui en résultera devra être supportée par l'héritier qui aura dans son lot l'objet sujet à cette éviction. L'éviction a lieu, et l'héritier qui la subit souffre un préjudice de plus du quart : aucune *garantie* ne lui est due (art. 884) ; mais ne peut-il pas demander *la rescision* du partage pour *cause de lésion de plus du quart?*

Cette question se résout par une distinction.

Si, dans l'estimation qui a été faite du bien sujet à éviction, il a été tenu compte de la moins-value résultant du danger auquel il est exposé, s'il a été compris dans le lot où il a été placé pour une valeur au-dessous de sa valeur réelle, l'action en rescision n'a pas lieu. Et la raison en est bien simple : l'égalité a régné dans le partage, puisque la perte à laquelle l'un des copartageants était exposé se trouvait compensée par une chance de gain. C'est un fait postérieur au partage qui a produit la lésion ; or, la lésion n'est une cause de rescision qu'autant qu'elle est un vice du partage lui-même. — Si, au contraire, l'objet sur lequel est intervenue la clause de non-garantie a été estimé, *abstraction faite du danger d'éviction auquel il est soumis*, l'action en rescision doit être admise : car, dans l'espèce, l'un des héritiers ayant reçu, *sans aucune compensation*, un lot exposé à une diminution de plus du quart, il est vrai de dire que l'héritier évincé n'a pas reçu un lot égal aux autres et qu'ainsi la lésion a existé dans le partage (1).

Pourquoi l'erreur n'est-elle point mentionnée comme une cause de rescision du partage? Est-ce un oubli?

Quid, si l'on a omis de comprendre dans le partage des objets qui devaient y être compris?

Quid, si l'on y a compris des objets qui ne faisaient point partie de la succession?

Quid, si l'on s'est

502. — L'art. 887 ne mentionne pas *l'erreur* comme une cause de rescision du partage. Est-ce un oubli? Non. L'erreur n'a pas été mise au nombre des causes de rescision du partage, parce qu'en cette matière, quel que soit l'objet sur lequel elle porte, l'héritier qui en est victime a toujours, pour arriver à la réparation du préjudice qu'elle lui cause, une autre voie particulière ouverte à son profit. Ainsi :

1° A-t-on omis de comprendre dans la masse partageable des objets qui devaient y être compris : l'erreur se rectifie par un supplément à l'acte de partage (art. 887, *in fine*).

(1) M. Val. — Consultez toutefois Dem., t. III, n° 227 *bis*, I; M. Demol., t. V, n° 351.

trompé dans l'estimation des biens?

2° A-t-on, au contraire, compris dans la masse partageable des objets qui ne faisaient pas partie de la succession : le copartageant dans le lot duquel se trouvent ces objets procédera, en cas d'éviction, par voie de recours en garantie, conformément à l'art. 884.

Quid, si un étranger a été admis au partage?

3° L'erreur porte-t-elle sur l'estimation des biens : on retombe alors dans la théorie de la rescision pour *cause de lésion*.

Quid, si l'un des héritiers n'y a pas été compris?

4° Un étranger à la succession a-t-il été admis au partage : les biens qui lui sont attribués sont évidemment des biens omis : il y a lieu alors à supplément de partage.

5° Si, à l'inverse, on a oublié de comprendre l'un des héritiers au nombre des copartageants, le partage, n'étant pas valable *faute de cause*, doit être recommencé (art. 1078).

6° Il en est de même si l'un des héritiers a été compris au partage pour une fraction inférieure à celle qui lui est attribuée par la loi, pour un quart, par exemple, tandis qu'il est héritier pour moitié.

Art. 888.

§ II. — *Des partages déguisés sous la forme d'un autre contrat.*

Quid, si le partage a été déguisé sous l'apparence d'un autre contrat?

503. — En matière d'échange, de transaction et de vente mobilière, la lésion, si énorme qu'elle soit, n'est pas une cause de rescision. Elle ne vicie la vente des immeubles qu'autant que le préjudice éprouvé par le vendeur est de plus des sept douzièmes (art. 1674). On conçoit, d'après cela, que ceux des copartageants qui ont un lot plus fort que celui des autres, et qui, en conséquence, redoutent que le partage ne soit rescindé pour cause de lésion de plus du quart, ont un intérêt à déguiser le partage sous la forme d'un échange, d'une transaction ou d'une vente. Mais la loi a déjoué cette fraude : *Tout acte qui a pour but de faire cesser l'indivision et qui la fait cesser est un partage, et, comme tel, rescindable pour cause de lésion de plus du quart*. Peu importe qu'il ait été qualifié d'*échange*, de *vente* ou de *transaction* : ces qualifications sont mensongères ou au moins inexactes. Ce n'est pas par le nom que les parties donnent à leur convention qu'on apprécie sa nature et qu'on détermine les règles qui lui sont propres : ce qui la caractérise, c'est le but qu'elles se sont proposé.

Est-il alors rescindable pour cause de lésion?

Tout acte qui fait cesser l'indivision est-il rescindable pour cause de lésion?

504. — Mais remarquons bien qu'un acte n'est pas rescindable pour cause de lésion de plus du quart, par cela seul qu'il fait cesser l'indivision ; il faut qu'il ait été conclu *dans le but de la faire cesser*. Soient deux cohéritiers ; l'un d'eux fait donation de sa part à l'autre : cet acte, quoiqu'il fasse cesser l'indivision, n'est pas rescindable pour cause de lésion. En effet, il a eu pour but, non pas la cessation de l'indivision, mais une libéralité.

Quid, si, après le partage, les copartageants transigent sur des difficultés auxquelles le partage donne lieu?

505. — Si, après le partage ou l'acte qui en tient lieu, des difficultés s'élèvent entre les copartageants, et s'ils terminent leur différend par un arrangement à l'amiable, cette transaction rentre dans le droit commun : elle n'est pas rescindable pour cause

de lésion (art. 2052). Mais il n'en est ainsi qu'autant que les difficultés sur lesquelles cette transaction est intervenue sont *réelles* et *sérieuses*. Dans le cas contraire, la transaction, se confondant avec le partage, est, comme lui, susceptible d'être rescindée. Les juges auront donc toujours à rechercher si la transaction a eu pour objet des difficultés survenues postérieurement au partage, ou si elle n'est qu'un moyen détourné d'éluder, par l'emploi de deux actes, la règle de l'art. 887. — Les difficultés sont *réelles* et *sérieuses* lorsqu'elles sont telles qu'il y a sujet de craindre qu'elles ne deviennent l'objet d'un procès. Il n'est pas nécessaire que le procès soit déjà commencé : « La transaction, dit, en effet, l'art. 2044, est un contrat par lequel les parties terminent une *contestation née*, ou préviennent une *contestation à naître*. »

ne lieu? Cette transaction est-elle rescindable pour cause de lésion?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Art. 889.

Aux termes de l'article 888, le partage fait sous la forme d'une VENTE est rescindable pour cause de lésion; selon l'article 889, la vente que l'un des héritiers fait de sa part à son cohéritier n'est pas rescindable pour cette cause: ces deux décisions sont-elles contradictoires?

506. — Aux termes de l'art. 888, le partage fait sous la forme d'une *vente* peut être rescindé pour cause de lésion de plus du quart. L'art. 889 nous apprend, au contraire, que l'action en rescision n'est pas admise contre une *vente* de droit successif, faite sans fraude à l'un des héritiers, à ses risques et périls, par ses cohéritiers ou par l'un d'eux.

Ces dispositions, quoique en apparence contradictoires, se concilient parfaitement : les espèces qu'elles prévoient ne sont pas les mêmes. L'art. 888 suppose que l'un des héritiers a vendu à ses cohéritiers ou à l'un d'eux sa part *active* dans les biens nommément déterminés de la succession, sa part *passive* restant en dehors du marché et, par conséquent, à son compte. Cette vente n'est au fond qu'un *partage*. Aucun *alea* ne l'affecte. Rien, dès lors, ne doit la soustraire au principe de la rescision pour cause de lésion.

L'espèce sur laquelle statue l'art. 889 est tout autre. La loi y suppose que l'un des héritiers a vendu à ses cohéritiers ou à l'un d'eux, non point seulement le droit indivis qu'il a dans les objets connus et nommément déterminés de la succession, mais son *droit successif*, tel qu'il se comporte, *activement* et *passivement*, le tout *aux risques et périls de l'acheteur*. Une telle vente constitue, sans doute, un partage (1), mais un partage *sui generis*, qui se sépare et se distingue du partage ordinaire par le côté *aléatoire* qui lui est propre. Chacune des parties peut, en effet, perdre ou gagner à l'acte qu'elle a conclu, et personne ne saurait dire à l'avance là où est le gain, là où est la perte. L'acheteur aura fait un bon marché si le *de cujus* a laissé plus de biens que de dettes, ce qu'on ne sait pas au moment de la convention ; il aura mal spéculé dans le cas contraire. « Or, dit Pothier, bien que ce traité tienne lieu de partage, il n'est guère sujet à rescision pour cause de lésion : car l'*incertum æris alieni* dont l'acheteur se charge empêche qu'on ne puisse dire qu'il y a lésion. »

(1) Voy. mon *Traité de la transcription*, n° 178.

§ III. — *De la nature et des effets de l'action en rescision.*

Art. 891.

Quel est l'effet de l'action en rescision? Le rétablissement de l'indivision n'a-t-il pas des dangers?

507. — L'héritier qui l'exerce demande que l'indivision soit rétablie et qu'il soit procédé à un nouveau partage.—Ce rétablissement de l'indivision, en remettant en question tous les droits que le premier partage avait fixés, peut causer de graves préjudices à ceux qui le subissent. Ainsi, l'un des héritiers avait aliéné des objets compris dans son lot ; il avait constitué sur d'autres des hypothèques ou des servitudes : son droit de propriété étant résolu *rétroactivement* par l'effet du rétablissement de l'indivision, tous les droits qu'il a consentis tombent avec le sien (art. 1183 et 2125). Ces droits seront définitivement et irrévocablement résolus, si les objets sur lesquels ils existaient ne reviennent point, par l'effet du nouveau partage, dans le lot de l'héritier qui les a constitués. De là un préjudice pour les tiers acquéreurs ; de là des recours en dommages et intérêts contre les héritiers défendeurs à l'action en rescision.

N'existe-t-il point un moyen de les prévenir?

Un moyen de prévenir ces conséquences leur est offert : ils peuvent arrêter le cours de l'action en rescision, et, si déjà la rescision a été prononcée, empêcher un nouveau partage, en fournissant au demandeur, soit en numéraire, soit en nature, le supplément de sa part héréditaire.

Ce moyen peut-il être employé lorsque le partage est rescindable pour cause de dol ou de violence?

508. — Ce secours n'est pas accordé au défendeur à une action en rescision *pour cause de dol ou de violence*. Si les défendeurs à une action en rescision *pour cause de lésion* peuvent en arrêter le cours, c'est qu'en fournissant au demandeur ce qui lui manque, ils rétablissent l'égalité, ce qui fait cesser la cause sur laquelle cette action est fondée. Mais, quand c'est la violence ou le dol qui vicie le partage, l'offre d'un supplément est impuissante à faire disparaître la cause de l'action en rescision. Il est possible, d'ailleurs, que le défendeur n'ait d'autre intérêt à la rescision que l'avantage éventuel d'obtenir, par un nouveau partage, des biens qui sont dans le lot de ses copartageants et qui lui conviennent mieux que ceux qui lui ont été attribués. Quel supplément lui fournirait-on dans ce cas (art. 890 et 891 combinés) (1)?

§ IV. — *De la ratification des partages rescindables. — De la durée de l'action en rescision.*

Art. 892.

Le partage entaché de dol ou de violence est-il *nul*? Qui peut en demander la rescision? Ce partage est-il susceptible de ratification? Quand la ratification a-t-elle lieu?

509. — I. *Du partage rescindable pour cause de dol ou de violence.* — Ce partage n'est pas radicalement nul. Quoique imparfait, il existe, et la nullité dont il est frappé est purement *relative* : l'héritier qui a subi la violence, ou dont le consentement a été surpris par dol, peut *seul* l'attaquer. S'il renonce au droit qui est ouvert en sa faveur, le vice résultant de la violence ou du dol est purgé,

(1) MM. Val.; Marc., art. 891; Dem., t. III, n° 236 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 279; Demol., t. V, n° 411.

et le partage est aussi parfait que s'il eût été, *ab initio*, conclu librement et sans surprise. Cette renonciation s'appelle, en droit, *ratification*. Elle peut être *expresse* ou *tacite* (art. 1338). — La ratification est tacite :

Par quel laps de temps se prescrit l'action en rescision pour cause de dol ou de violence?

Cette prescription n'est-elle pas fondée sur une ratification tacite du partage?

1° Lorsque l'héritier, au profit duquel l'action en rescision est ouverte, a laissé passer dix ans *depuis la cessation de la violence ou depuis la découverte du dol*, sans attaquer le partage : cette longue inaction est une présomption légale qu'il a renoncé à son droit. Ainsi, l'action en rescision pour cause de *violence* ou de *dol* se prescrit par dix ans, à compter de la cessation de la violence ou de la découverte du dol (art. 1304).

Pourquoi l'héritier qui, après la cessation de la violence ou la découverte du dol, a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est-il plus recevable à attaquer le partage pour cause de dol ou de violence ?

2° Lorsque, après que la violence a cessé ou que le dol a été découvert, l'héritier à qui appartient l'action en rescision a volontairement *exécuté* le partage qu'il pouvait attaquer (art. 1338, 2e alin.). C'est à ce principe que je rattache la disposition de l'article 892 : l'héritier qui, depuis la cessation de la violence ou la découverte du dol, a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision, parce qu'il a tacitement approuvé, ratifié le partage, en disposant en maître absolu des biens composant son lot. Il a voulu, évidemment, faire une aliénation définitive, *irrévocable ;* or, cette volonté, le but qu'il a voulu atteindre, ne sauraient se concilier avec l'intention de conserver l'action en rescision du partage. Il l'a *exécuté*, puisqu'il a exercé le droit qui en était résulté pour lui, le droit de disposer des objets compris dans son lot.

L'aliénation qui est antérieure à la cessation de la violence ou à la découverte du dol ne fait pas obstacle à la rescision du partage.

Lorsque le partage est rescindé, les biens que les copartageants ont aliénés sont-ils rétablis dans l'indivision ?

Le partage étant rescindé, tous les immeubles qui composaient les lots des copartageants qui ont profité de la violence ou du dol, ceux-là même qu'ils ont aliénés, seront rapportés et rétablis dans l'indivision. Ceux que l'héritier demandeur a conservés le seront également. Quant à ceux qu'il a aliénés, le rapport s'en fera en moins prenant.

Le partage rescindable pour cause de *lésion* est-il susceptible de ratification ?

En d'autres termes, la renonciation au droit de l'attaquer pour cette cause est-elle valable ?

510. — II. *Du partage rescindable pour cause de lésion de plus du quart.* — Ce partage, comme celui qui est entaché de dol ou de violence, n'est qu'*annulable* : l'héritier lésé peut *seul* en demander la nullité. Mais ce partage est-il, comme celui qui est entaché de dol ou de violence, susceptible d'être ratifié? l'héritier peut-il renoncer au droit qu'il a de le faire rescinder ?

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que la renonciation à ce droit est sans effet lorsqu'elle est faite par une clause expresse du partage (art. 1674, arg. d'analogie) : la loi suppose que l'héritier lésé a souscrit à cette condition, parce qu'il était sous l'empire d'une nécessité telle, qu'il lui importait d'obtenir immédiatement la délivrance de son lot.

Ainsi, la ratification concomitante au partage n'est pas valable. En est-il de même de la ratification postérieure?

L'affirmative ne me semble pas douteuse. Nous avons vu, en

effet, que la transaction intervenue sur un partage rescindable pour cause de lésion n'est pas valable lorsqu'elle a eu pour objet des difficultés *qui n'étaient pas réelles* (voy. le n° 503). Or, qu'est-ce qu'une transaction intervenant sur des difficultés imaginaires, si ce n'est une ratification détournée et déguisée du partage, une renonciation au droit d'en demander la rescision? L'art. 892 confirme ce système. Le partage y est, en effet, présenté comme ne pouvant plus être attaqué par l'héritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie ; or, ce partage qui est ainsi tacitement ratifié, quel est-il? Le texte est formel à cet égard : il n'y est question que du partage *rescindable pour cause de dol ou de violence.*

La loi a, d'ailleurs, déterminé le moment à partir duquel le partage entaché de violence ou de dol peut être valablement ratifié : ce moment, c'est celui de la cessation de la violence ou de la découverte du dol. Quant au partage *entaché de lésion*, elle n'a rien déterminé. Qu'en conclure, si ce n'est que ce partage n'est point susceptible de ratification? Dans le système contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que la ratification peut être faite le lendemain du partage, le jour même. Or, s'il en était ainsi, qui ne voit que rien ne serait plus facile que de tourner le principe suivant lequel la ratification insérée dans l'acte de partage est à considérer comme non avenue? Au lieu de faire un acte de partage portant ratification, on ferait d'abord un partage pur et simple, et, quelques instants après, un acte de ratification (1).

511. — Dans notre système, le partage rescindable pour cause de lésion ne peut être ratifié que dans un seul cas, celui où, l'existence de la lésion étant l'objet d'un débat *sérieux et postérieur au partage*, les copartageants le terminent par une transaction (art. 888).

Par quel laps de temps se prescrit l'action en rescision pour cause de lésion? De quel jour la prescription commence-t-elle à courir?

512. — Nous avons vu que le droit d'attaquer le partage entaché de violence ou de dol se prescrit par dix ans, à compter, non pas du jour du partage, mais du jour de la cessation de la violence ou de la découverte du dol (voy. le n° 509, 1°). L'action en rescision pour cause de lésion se prescrit également par dix ans (art. 1304) ; mais les dix ans, au lieu de courir du jour de la découverte de la lésion, courent du jour du partage (art. 1676, arg. d'anal.). — Cette différence entre les deux hypothèses se conçoit facilement. Tant que la violence n'a pas cessé, que le dol n'a pas été découvert, l'héritier qui est sous l'empire de la crainte ou qui ne soupçonne pas le dol dont il a été victime, ne commet aucune faute en restant dans l'inaction : il est dans l'impossibilité d'agir, et *contra agere non valentem, non currit præscriptio.* Au contraire, on peut toujours s'assurer si un par-

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 237 *bis*, I ; Marc., art. 892.—*Contrà*, MM. Dur., t. VII, n° 587, et t. XVI, n°s 436 et 437 ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 287; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 813; Demol., t. V, n° 481. Ces auteurs fondent leur doctrine sur l'art. 1338, qui, disent-ils, est général.

tage est ou non entaché de lésion. Chaque héritier peut, dès le jour même du partage, faire cette vérification; dès ce jour, il a le moyen d'exercer l'action ouverte à son profit : c'est donc de ce jour que la prescription doit courir contre lui.

TITRE SECOND.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE I.—DISPOSITIONS GÉNÉRALES (1).

§ I. — *Des différentes manières dont on peut disposer de ses biens à titre gratuit.*

10° *Répétition.*

Art. 893.

Combien y avait-il dans l'ancien droit de manières de disposer de ses biens à titre gratuit?

Qu'était-ce que la *donation entre-vifs*?

La *donation à cause de mort*?

513. — Notre ancienne jurisprudence reconnaissait trois modes de disposer à titre gratuit :

1° La donation entre-vifs ;

2° La donation à cause de mort ;

3° Le testament.

La donation était *entre-vifs* lorsqu'elle avait pour but et pour effet de transporter au donataire un droit *actuel* et *irrévocable;* elle était *à cause de mort* lorsqu'elle dépendait, quant à ses effets, de la survie du donataire au donateur et pouvait être révoquée au gré de ce dernier.

La donation à cause de mort participait de la nature des donations entre-vifs et des testaments. Comme la donation entre-vifs, elle devait être acceptée par le donataire, du vivant du donateur : sous ce rapport, elle se distinguait du testament, qui se fait par le testateur, sans le concours du légataire. Mais, comme le testament, elle était révocable au gré du donateur : elle différait, sous ce rapport, de la donation entre-vifs, qui était essentiellement irrévocable.

Quels motifs ont déterminé le Code à l'abroger?

La donation à cause de mort avait donc des règles propres, puisqu'elle se séparait des deux autres modes de disposer, et des règles communes, puisqu'elle participait de la nature de l'un ou de l'autre. Dès lors, il importait de déterminer la nature de la libéralité qu'avait entendu faire le disposant. Cette appréciation, fort difficile à faire, devint une source de procès.

L'Ordonnance de 1731, voulant couper court à ces difficultés,

(1) Il est traité sous cette rubrique, dans les art. 896 à 899, des règles qui régissent les substitutions; nous étudierons cette matière sous le chap. VI, auquel elle se rattache (voy. les nos 903 et suiv.).

décida que les donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feraient par contrat de mariage, ne seraient valables qu'autant qu'elles seraient faites *dans les mêmes formes que les testaments*.

Le Code a été plus loin : il a supprimé complétement cette manière de disposer. Cela résulte implicitement des termes de l'art. 893, où il est dit : « *On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation* ENTRE-VIFS *ou par* TESTAMENT, dans les formes ci-après établies. » Ainsi les règles de l'ancien droit sur les donations à cause de mort ne peuvent aujourd'hui recevoir aucune application.

Faut-il assimiler aux anciennes donations à cause de mort, ou aux donations par acte entre-vifs, les donations que l'un des époux fait à l'autre pendant le mariage? Quel est l'intérêt de cette question?

514. — Les donations faites pendant le mariage par l'un des conjoints à l'autre sont, comme les anciennes donations à cause de mort, *révocables* au gré du donateur (art. 1096). Mais cette analogie n'empêche pas que les donations entre époux ne soient, *quant à la forme* et *quant au fond*, de véritables donations *entre-vifs*. Nous leur appliquerons donc, non pas les règles qui régissaient dans l'ancien droit la donation à cause de mort, mais celles qui régissent aujourd'hui les donations entre-vifs. Ainsi, 1° elles doivent être acceptées *en termes exprès*, conformément au principe de l'art. 932, bien qu'une acceptation *tacite* fût autrefois suffisante en matière de donation à cause de mort ; — 2° elles sont réduites, lorsqu'elles dépassent la quotité disponible, de la même manière que les autres donations entre-vifs, c'est-à-dire *après l'épuisement des biens légués et en commençant par la plus récente* (art. 923) ; tandis que les donations à cause de mort étaient autrefois réduites comme les legs, c'est-à-dire concurremment entre elles, et au marc le franc.

Le legs accepté du vivant du testateur constitue-t-il une donation à cause de mort? Cette acceptation empêche-t-elle le legs de valoir?

515. — Le legs, fût-il accepté par le légataire du vivant du testateur, n'est toujours qu'une disposition testamentaire : car celui qui dispose par testament n'entend point faire un contrat. Cette acceptation n'oblige ni le légataire ni le testateur. Elle ne change point la nature du legs et ne le transforme point en donation à cause de mort. Elle est superflue et inutile, mais elle n'annule point le testament : *utile per inutile non vitiatur*.

Toutefois, il en serait différemment si elle était écrite de la main du légataire ou d'un tiers dans un testament olographe : car, aux termes de l'art. 970, un seul mot écrit par une main étrangère dans un testament de cette nature suffit pour l'annuler.

§ II. — *Définition de la donation entre-vifs.*

Art. 894.

Qu'est-ce que la donation? Est-ce un *acte* ou un *contrat*?

516. — Le Code la définit : « *un acte* par lequel le donateur se « dépouille *actuellement* et *irrévocablement* de la chose donnée, en « faveur du donataire *qui l'accepte*. »

« Un acte »... Le projet du Code disait : un *contrat*... Ce fut sur la proposition du premier consul que le mot *acte* fut substitué au mot *contrat*.

Il y a là une erreur à rectifier. On appelle *contrat* le concours de deux volontés pour produire une obligation ou opérer une translation de propriété (art. 1101). La donation suppose le concours de deux volontés : l'offre de la libéralité par le donateur, et l'acceptation de l'offre par le donataire (art. 894, 932). Ce concours de volontés a pour but et pour effet de créer une obligation ou d'opérer une translation de propriété. La donation est donc un *contrat !* Le premier consul et ceux des rédacteurs qui firent droit à sa proposition croyaient que le mot *contrat* ne convient qu'aux conventions *à titre onéreux*, c'est-à-dire à celles qui imposent des *charges mutuelles aux parties*. C'était une fausse idée, que le Code lui-même abandonna bientôt : car il donna le nom de *contrat* aux conventions dans lesquelles l'une des parties procure à l'autre un avantage *purement gratuit* (art. 1105), et rangea la donation elle-même parmi les contrats (art. 1339 et 1340).

Quel intérêt y a-t-il à savoir si la donation est ou non un *contrat ?*

Cette critique du mot *acte* dont s'est servie la loi n'est pas sans intérêt : car, en démontrant que la donation est un *contrat*, on montre par là même que toutes les règles qui régissent les conventions en général doivent être appliquées aux donations, toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par des textes particuliers (voy., à ce sujet, les nos 720, 721).

Ainsi, la donation est un *contrat*, mais un contrat *sui generis*, soumis, d'une part, aux règles générales des conventions, et, d'autre part, à des règles spéciales (1).

La donation n'est valable qu'autant que le donateur se dépouille *actuellement :* quel est le sens de cette règle ?

517. — « *Se dépouille actuellement...* » Cette formule est amphibologique. Prise à la lettre, elle signifierait que la tradition de la chose qui fait l'objet de la donation est nécessaire à sa validité, qu'elle n'est pas parfaite si le donataire *n'a été mis en possession de la chose donnée*. Mais ce n'est pas ainsi qu'elle doit être interprétée. Il faut, pour la bien comprendre, la rapprocher de la définition du testament. Disposer par testament, c'est disposer « *pour le temps où l'on ne sera plus.* » Le testament ne produit donc aucun effet *hîc et nunc :* une fois fait, il n'enlève aucun droit au testateur et n'en attribue aucun au légataire. Celui-ci a bien une espérance, mais cette espérance ne constitue pas *même un droit conditionnel*. Ainsi il ne peut ni la céder, car ce serait vendre une succession future, ce qui est prohibé (art. 1600), ni la transmettre à ses héritiers (art. 1039). Il n'a pas même qualité pour faire, à l'exemple d'un créancier conditionnel, des actes conservatoires (art. 1180). Cette théorie du testament fait antithèse à celle de la donation. Dans le testament, le testateur ne se dépouille pas *actuellement*, en ce sens qu'il ne se lie en aucune façon, en ce sens qu'il transfère, non pas un droit à terme ou conditionnel, mais une simple espérance ; dans la donation, le donateur doit se dépouiller *actuellement*, en ce sens qu'il doit, *hîc et nunc*, transférer, non pas une simple

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 347; Dur., t. VIII, n° 13; Val.; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 416; Dem., t. IV, n° 4 *bis*, I; Marc., art. 894; Demol., t. I, nos 20 et 21.

espérance, mais un droit au moins à terme ou conditionnel.

La donation faite *à terme* renferme-t-elle un dépouillement *actuel*?

L'exécution de la donation peut donc être renvoyée au décès du donateur. Ainsi, rien n'empêche de donner un immeuble et de stipuler qu'il ne sera livré qu'après que le donateur sera mort.

Quid, de la donation faite *sous condition suspensive*?

La donation faite sous une condition suspensive, par exemple, sous cette condition : *si navis ex Asiâ venerit*, est tout aussi régulière que la donation à terme. Le donataire acquiert, en effet, *hîc et nunc*, un certain droit, droit imparfait sans doute, qui peut-être ne se complétera jamais, mais enfin un certain droit qui compte actuellement dans son patrimoine, dont il peut actuellement tirer parti en le vendant, droit transmissible à ses héritiers (art. 1179), indépendant de la volonté du donateur, et susceptible d'être défendu par des actes conservatoires (art. 1180) (1).

La donation n'est valable qu'autant que le donateur se dépouille *irrévocablement* : quel est le sens de cette règle?

518. — « Se dépouille *irrévocablement*... ». Cette règle est aussi amphibologique que la précédente. Prise à la lettre, elle signifierait que la donation n'est pas valable, si elle est faite soit sous une condition *potestative de la part du donateur*, soit même sous une condition *purement casuelle*. Mais ce n'est pas ainsi qu'il faut l'entendre. Cherchons-en le véritable sens.

Les donations, comme les contrats *à titre onéreux*, peuvent être valablement faites sous des conditions *purement casuelles*. La loi elle-même nous l'apprend, lorsqu'elle dit qu'on peut donner sous cette condition, que la donation sera révoquée *si le donataire meurt avant le donateur* (art. 951). Ainsi, le principe d'irrévocabilité, tel que l'entend la loi, n'empêche pas qu'une donation ne puisse être valablement faite sous une condition *purement casuelle*. Sur ce point, tout le monde est d'accord.

La condition *purement potestative* de la part de l'obligé, c'est-à-dire celle *qui ne dépend que de la volonté de l'obligé*, vicie et annule toute convention à titre gratuit ou à titre onéreux. La condition qui n'est pas *purement potestative*, c'est-à-dire qui dépend tout à la fois de la volonté du débiteur et du hasard, ou de la volonté du débiteur et de celle d'un tiers, est permise dans les contrats *à titre onéreux*. Ainsi, est valable la vente *à réméré*, c'est-à-dire celle qui est faite sous cette condition résolutoire, qu'elle sera révoquée si, dans un délai déterminé, le vendeur restitue à l'acheteur le prix qu'il en a reçu (art. 1659). Dans l'espèce, en effet, la condition ne dépend point de la *seule* volonté du vendeur ; elle dépend aussi du hasard, car il est possible que le vendeur n'ait pas et ne puisse pas se procurer l'argent dont il aura besoin pour exercer le réméré dans le délai utile.

La même théorie est-elle applicable en matière de donations? L'affirmative n'est pas douteuse si nous ne consultons que le texte de l'art. 944. Qu'y voyons-nous, en effet? Que la donation faite sous une condition dont l'exécution dépend de la *seule* vo-

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 377; Marc., art. 894; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 418; Demol., t. I, nos 22 et suiv.

lonté du donateur est nulle. La loi semble donc, par argument *à contrario*, tolérer dans les donations les conditions potestatives de la part du donateur, pourvu qu'elles ne soient pas *purement* potestatives, c'est-à-dire dépendantes de la SEULE volonté du donateur. M. Duranton (*Des donat.*, t. I, nos 474 et s.), s'en tenant au texte de la loi, soutient qu'elle n'exclut que les conditions *absolument potestatives*. Ainsi, la donation faite sous la condition qu'elle sera révoquée si le donateur va fixer son domicile à Paris, dans un délai déterminé, cette donation est très-valable : car, si la condition est potestative de la part du donateur, elle ne l'est pas absolument, puisqu'il peut être empêché par différentes causes, par exemple, par une grave maladie, de transporter son domicile à Paris dans le délai stipulé. Dans ce système, il n'y a aucune différence à faire, au point de vue de l'irrévocabilité, entre les donations et les contrats à titre onéreux.

Mais, dans un autre système, on soutient que le Code prohibe, en matière de donations, non-seulement les conditions *purement* potestatives de la part du donateur, mais encore celles qui ne dépendent pas de sa *seule* volonté. La règle qu'il consacre n'est que la reproduction de l'ancienne règle *donner et retenir ne vaut ;* or, il a toujours été admis, dans l'ancien droit, que c'était *donner et retenir* que de donner sous une condition qui dépendait soit de la *seule* volonté du donateur, soit de sa volonté et du hasard. Et d'ailleurs, si l'art. 944 ne prohibait que la condition *purement* potestative, il est évident que la règle qu'il pose serait absolue et ne souffrirait aucune exception ; or, l'art. 947 nous apprend que le principe de l'art. 944 n'est pas applicable aux donations qui sont faites en faveur du mariage (1).

Quelle différence y a-t-il donc, au point de vue de l'irrévocabilité, entre les contrats à titre onéreux et les donations ?

Si, comme je le crois, cette doctrine est exacte (2), il y a une grande différence à faire, au point de vue de l'irrévocabilité, entre les contrats à titre onéreux et les contrats de donation : les premiers, quoique faits sous une condition potestative de la part de l'obligé, sont valables si cette condition n'est pas *purement* potestative, c'est-à-dire si elle dépend en même temps et de la volonté du débiteur et du hasard ; les seconds, au contraire, sont nuls lorsqu'ils sont faits sous une condition potestative de la part du donateur, soit qu'elle dépende *uniquement* de sa volonté, soit qu'elle dépende de sa volonté et du hasard.

Le principe d'irrévocabilité doit donc être entendu en ce sens que les donations sont nulles lorsqu'elles sont faites sous des conditions *potestatives de la part du donateur*.

(1) L'argument n'est pas juste, si l'on admet que la donation dans laquelle le donateur se réserve *la faculté de disposer des objets qu'il donne* est faite sous une condition qui dépend *uniquement* de la volonté du donateur : car la loi tient pour bonne cette donation, quand elle est faite en faveur du mariage (art. 1086).

(2) Elle est enseignée par MM. Dem., t. IV, n° 86 *bis*, I; Bug., *sur Poth*, t. I, p. 355, et t. VIII, p. 377; Marc., art. 944; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 64 et 65; Duv.; Demol., t. III, nos 417 et suiv.

La donation d'une somme d'argent *payable au décès du donateur* est-elle valable? En d'autres termes, contient-elle un dépouillement *actuel et irrévocable?*

519. — Les principes que je viens d'exposer sur le dépouillement *actuel* et *irrévocable* nous fournissent la solution d'une question qui est controversée. La donation d'une somme d'argent *payable au décès du donateur* est-elle valable? J'admets, sans hésiter, l'affirmative. Cette donation transmet, en effet, au donataire un droit *actuel* et *irrévocable*. *Actuel,* car le terme apposé à la libéralité suspend non pas l'acquisition du droit, mais seulement son exécution (art. 1185); *irrévocable*, car le donateur est obligé, et, quoi qu'il fasse, le donataire conservera sa créance (voy. les nos 517 et 518). Le donateur, il est vrai, pourra devenir insolvable; mais cette insolvabilité ne le libérera pas: elle n'éteindra pas la créance du donataire, qui pourra la faire valoir, soit contre ses héritiers s'ils acceptent sa succession purement et simplement, soit contre sa succession s'ils l'acceptent sous bénéfice d'inventaire ou s'ils la répudient.

Quelles conséquences sa validité entraîne-t-elle?

La donation étant valable, la condition du donataire est celle d'un créancier ordinaire : le droit commun la régit. J'en conclus : 1o que tous les biens de son débiteur, ses biens à venir, comme ses biens présents, répondent de sa créance (art. 2092); — 2o qu'il peut, même du vivant du donateur, faire, pour la sauvegarder, tous les actes que sa conservation nécessite (art. 1166 et 1167); — 3o que son débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou que par son fait il a diminué les sûretés qu'il lui avait données pour la garantie de sa créance (art. 1188, C. N.; 444, Code de comm.); — 4o qu'il primera les créanciers chirographaires de son débiteur, s'il a reçu de ce dernier une hypothèque pour la sûreté de sa créance (art. 2134); — 5o qu'ils concourront, au contraire, avec lui, *au marc le franc*, s'il n'a point d'hypothèque; et il n'y a point à cet égard à rechercher si les créanciers avec lesquels il vient en concours ont des titres antérieurs ou postérieurs au sien, si leurs créances sont à titre onéreux ou à titre gratuit : dans tous les cas, la règle est la même (1).

Quid, de la donation d'une somme d'argent *à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès?*

520. — Quant à la donation d'une somme *à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès*, je crois qu'on doit en principe la déclarer nulle : car, son efficacité étant tacitement subordonnée à cette condition, *si le donateur laisse des biens*, on ne peut pas dire qu'il s'est dépouillé irrévocablement : il est resté le maître de rendre la donation caduque, en dissipant son patrimoine. Il faudrait toutefois décider autrement s'il résultait des autres termes de l'acte de donation que la clause : *à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès,* renferme plutôt un *terme* qu'une *condition*. Cette clause est souvent, en effet, dans la pensée des parties, synonyme de celle-ci : *payable à la mort du donateur.*

521. — Nous trouverons, sous les art. 943 et suiv., plusieurs

(1) MM. Dur., t. VIII, nos 23 et 458; Val.; Dem., t. IV, no 4 *bis*, III; Demol., t. III, nos 387 et suiv.

applications du principe que les donations sont essentiellement irrévocables.

Pourquoi l'irrévocabilité est-elle de l'essence des donations?

Les motifs qui l'avaient fait introduire dans l'ancien droit existent-ils encore sous l'empire du Code?

522. — Mais pourquoi l'*irrévocabilité* est-elle si essentielle à la validité des donations? Quels sont les motifs de cette rigueur de la loi? On ne peut guère l'expliquer que par l'influence de l'autorité historique.

Nos anciens législateurs, dont tous les efforts tendirent à la conservation des biens dans chaque famille, crurent devoir, afin d'atteindre ce but, limiter la faculté de *tester :* il ne fut plus permis de disposer de ses propres au-delà d'un cinquième. Quant au droit de *donner*, c'est-à-dire de disposer de ses biens en son vivant, en se dépouillant soi-même, cette faculté étant considérée comme un attribut *du droit naturel*, ils n'osèrent point la limiter comme le droit de tester, qui est *purement civil*, et que la loi, en conséquence, accorde avec plus ou moins d'étendue. Toute personne put donc disposer par acte entre-vifs de la totalité de ses propres (1). Mais, comme cette faculté parut dangereuse pour *la famille, on chercha le moyen d'y apporter quelque obstacle;* ce moyen, on le trouva dans l'*intérêt personnel des donateurs.* Les personnes, dit-on, sont libres de donner leur bien en tout ou en partie, mais sous la condition de se dépouiller *actuellement et irrévocablement.* Cette condition fut un frein aux libéralités : car, selon Pothier, l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournent les particuliers de donner. La règle *donner et retenir ne vaut* (c'est ainsi que se formulait le principe d'irrévocabilité) eut donc pour but de protéger la famille contre les donations exagérées. Si les donations n'eussent été irrévocables, on n'eût pas manqué de faire, sous le nom de *donations*, de véritables *testaments ;* la prohibition de *léguer* ses propres au-delà d'un cinquième eût été vaine et sans effet.

Le Code, qui a trouvé dans l'ancien droit ce principe d'irrévocabilité, l'a reproduit, sans prendre garde que le motif qui le justifiait autrefois n'existe plus aujourd'hui. En effet, la quotité disponible étant la même, soit qu'on dispose par acte de dernière volonté, soit qu'on dispose par acte entre-vifs, il était inutile de se montrer plus sévère pour la donation que pour le testament (2).

L'irrévocabilité des donations n'a-t-elle pas un certain avantage?

Peut-être, cependant, est-il possible de justifier le principe d'irrévocabilité, en faisant remarquer que la faculté laissée au donateur de révoquer le droit dont il a investi le donataire eût été dangereuse : car elle eût, d'une part, rendu la propriété incertaine, ce qui eût retiré du commerce une masse énorme de biens, et, d'autre part, engendré des procès, en obligeant les donataires à restituer les choses qu'ils ont longtemps possédées et auxquelles ils se sont attachés.

523. — Les donations faites en faveur du mariage ne sont pas

(1) Sauf, bien entendu, l'action en réduction appartenant aux parents légitimaires.

(2) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 373; Demol., t. I, nos 25 et 26.

essentiellement irrévocables : la loi permet de les faire sous des conditions potestatives, de la part du donateur (voy. les art. 943 et 1086, et, sous le n° 973, le motif de cette exception). Le donataire acquiert alors un droit *actuel*, mais *révocable*.

Pourquoi la loi exige-t-elle que l'acceptation d'une donation soit mentionnée, *en termes exprès*, dans l'acte de donation?

524. — « En faveur du donataire *qui l'accepte*. » Nous verrons plus tard qu'il faut, pour la perfection de la donation, non-seulement que le donataire accepte l'offre qui lui est faite, mais encore que son acceptation soit mentionnée, *en termes exprès*, dans l'acte de donation. Il n'y a pas, en cette matière, d'acceptation *tacite* (art. 932).

Ainsi, tandis que dans les contrats *à titre onéreux* le consentement des parties est suffisamment manifesté, soit par leur signature, soit par la mention dans l'acte de leur présence au moment où il a été dressé, dans les donations, au contraire, où la mention *expresse* de l'acceptation est requise comme une forme essentielle, comme une *solennité*, la mention que le donataire était présent à l'acte, qu'il lui en a été donné lecture, ou sa signature, ne constitue pas une acceptation valable !

On a peine à comprendre cette théorie. L'acheteur qui signe l'acte de vente est présumé accepter l'offre *intéressée* qui lui est faite : pourquoi n'en est-il pas de même du donataire qui signe l'acte contenant une offre de *libéralité* ? L'intention d'accepter est si peu douteuse dans ce cas, que la loi elle-même la tient pour certaine dans une hypothèse particulière, celle où la donation est faite en faveur du mariage (art. 1087).

Cette règle bizarre ne peut s'expliquer qu'historiquement. Les libéralités enlèvent aux héritiers leurs légitimes espérances, en faisant passer, sans aucune compensation, les biens d'une famille dans une autre; souvent arrachées à la faiblesse, elles encouragent et facilitent quelquefois de mauvaises passions : aussi ont-elles toujours été vues avec défaveur dans notre ancienne jurisprudence. Cependant, la disposition gratuite de ses biens par acte entre-vifs étant l'exercice d'un droit naturel, on ne crut pas devoir la prohiber ; mais, tout en la tolérant, on s'efforça de l'entraver en soumettant sa validité à l'observation de formes nombreuses et subtiles, afin de multiplier le plus possible les causes de nullité. Le Code, qui copiait l'ancienne Ordonnance de 1731, a reproduit cette étrange doctrine, sans songer qu'il est peu digne d'un législateur d'organiser des règles ridicules dans le but d'entraver l'exercice des droits qu'il autorise (voy. le n° 522).

Art. 895.

§ III. — *Définition du testament.*

Qu'est-ce qu'un testament?

Pourquoi l'appelle-t-on *un acte*?

Transfère-t-il des droits du vivant du testateur?

Pourquoi la loi

525. — « C'est l'*acte* par lequel une personne dispose, *pour le temps où elle n'existera plus*, de *tout* ou *partie* de ses biens, et qu'elle peut *révoquer*. »

« Un acte... » C'est un *acte*, et non un *contrat*, puisqu'il consiste dans la manifestation d'une seule volonté, celle du testateur.

« Pour le temps où elle ne sera plus... » Ainsi, le légataire n'acquiert du vivant du testateur aucun droit, pas même un droit conditionnel (voy. le n° 517).

prend-elle soin de nous dire qu'on peut, si l'on veut, ne disposer que d'une partie de ses biens?

« De *tout* ou *partie* de ses biens... » Mais, dès qu'on permet de disposer de la *totalité*, qu'était-il besoin de permettre expressément la disposition d'une *partie*? C'est qu'en droit romain, où il n'était point permis de mourir partie *testat* et partie *intestat*, l'institution d'héritier devait nécessairement comprendre *la totalité* des biens. Le Code abroge ici cette ancienne règle. La même personne peut laisser tout à la fois des héritiers testamentaires et des héritiers *ab intestat*.

« Et qu'elle peut révoquer... » Le testament, étant l'œuvre de la *seule* volonté du testateur, ne l'oblige pas : il est maître, par conséquent, de le détruire si bon lui semble.

— Comme la donation, le testament est soumis à certaines formes prescrites sous peine de nullité. On peut donc le définir : *un acte solennel par lequel une personne règlemente elle-même sa succession.*

§ IV. — *Différences entre la donation et le testament.*

Quelles différences y a-t-il entre la donation et le testament?

526. — 1° La donation est l'œuvre de deux volontés : celle du donateur, qui offre la libéralité, et celle du donataire, qui l'accepte. Le testament est l'œuvre d'une volonté unique, celle du testateur. — La donation est un *contrat*, le testament est un *acte*.

2° La donation produit son effet *hic et nunc* : elle transfère au donataire un droit *actuel*. Le testament ne produit son effet qu'au décès du testateur ; jusque-là il ne transfère aucun droit au légataire.

3° La donation est essentiellement *irrévocable ;* le testament est essentiellement *révocable*.

§ V. — *Des conditions dans les donations et dans les testaments.*

Art. 900.

Quel est l'effet d'une condition impossible, illégale ou immorale, insérée dans un contrat à titre onéreux? *Quid*, si elle est insérée dans un testament?

527. — En matière de contrats *à titre onéreux*, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, sont *nulles* et rendent nulle la convention qui en *dépend* (art. 1172) ; dans les testaments, *elles sont réputées non écrites*. Dans le premier cas, tout est nul, la condition et la convention qui lui est subordonnée : *nihil valet!* dans le deuxième, la condition est nulle, mais le testament reste valable (1).

(1) Sauf, pourtant, le cas où la condition consiste dans une substitution prohibée : dans cette hypothèse, la nullité de la condition entraîne la nullité du legs (voy., ci-dessous, le n° 914). — J'ajoute que le testament est également frappé de nullité, si la condition à laquelle il est subordonné est telle qu'elle donne lieu de présumer que le disposant n'était pas sain d'esprit, et si, en effet, les autres circonstances du fait corroborent cette présomption de démence (Dem., t. I, n° 16 *bis*, VII; M. Demol., t. I, n° 206).

Pourquoi la loi annule-t-elle les contrats à titre onéreux faits sous des conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux bonnes mœurs ?

— Deux motifs ont fait annuler la convention *à titre onéreux* faite sous une condition impossible, immorale ou contraire aux lois :

1° Les contrats à titre onéreux étant l'œuvre de toutes les parties, chacune d'elles est coupable soit d'avoir proposé, soit d'avoir accepté une condition immorale ou ridicule : la convention qu'elles ont faite ne peut et ne doit, par conséquent, profiter à aucune d'elles.

2° Si la condition immorale eût été effacée du contrat, et le contrat maintenu, il eût été à craindre que les parties ne se crussent engagées, par un faux point d'honneur, à l'accomplissement de la condition immorale ou illégale sous laquelle elles ont contracté.

Pourquoi ces conditions sont-elles réputées non écrites dans les testaments ?

— Deux motifs aussi ont fait admettre le système contraire en matière de testament :

1° Le testament est l'œuvre de la seule volonté du testateur ; le légataire, qui ne participe point à sa confection, reste étranger aux conditions immorales ou ridicules qu'il renferme : ce serait, par conséquent, le punir d'une faute qui n'est pas la sienne qu'annuler la libéralité qui lui est faite.

2° Le testateur n'attache qu'une faible importance aux conditions qu'il insère dans son testament : son but principal, essentiel, est la libéralité qu'il veut faire. Dès lors, il eût été injuste d'annuler sa volonté principale, essentielle, parce que, sur un point tout accidentel, sa volonté a été immorale ou ridicule. Cela eût été d'autant plus injuste, qu'il arrive fréquemment qu'un testateur, dont l'esprit est troublé par la pensée de la mort, se trompe sur la nature des conditions qu'il impose à l'héritier.

Le système que le Code a suivi à cet égard est-il rationnel ?

Ne présente-t-il point cependant un danger ?

— On comprend cette théorie, quoiqu'elle puisse être critiquée sous un certain rapport. Elle est, en effet, dangereuse : car il est à craindre que le légataire ne se croie, par un faux point d'honneur, obligé d'accomplir les conditions immorales que le testateur lui a imposées.

Les donations sont-elles nulles lorsqu'elles sont faites sous des conditions impossibles, immorales ou contraires aux lois ?

Le Code a-t-il eu raison de les assimiler, sous ce rapport, aux testaments ?

N'est-ce pas plutôt aux contrats à titre onéreux qu'on aurait dû les assimiler ?

528. — Mais les rédacteurs du Code sont allés plus loin : ils ont étendu aux *donations* la théorie qui, en droit romain, et dans notre ancienne jurisprudence, était particulière aux *testaments*.

Cette extension est-elle juste ? Les avis sont partagés.

PREMIER SYSTÈME. — Cette extension n'est pas rationnelle. Les contrats à titre onéreux, faits sous des conditions impossibles ou immorales, sont nuls : 1° parce que, ces contrats étant l'œuvre des deux parties, chacune d'elles est aussi coupable que l'autre, en sorte qu'il n'y a aucune raison de maintenir le contrat dans l'intérêt de l'une d'elles ; 2° parce qu'en maintenant le contrat, il eût été à craindre qu'elles ne se fissent un point d'honneur d'exécuter les conditions immorales qu'il renferme. Or, les mêmes motifs s'appliquent à la donation : car elle est aussi l'œuvre des deux parties, du donateur qui propose et du donataire qui accepte. C'est donc aux contrats à titre onéreux qu'on aurait dû, sous ce rapport, l'assimiler.

C'est par inadvertance que cette assimilation des donations aux testaments s'est glissée dans la loi. Les donations et les testaments étant soumis à des règles qui le plus souvent leur sont communes, les rédacteurs du Code, à l'exemple de nos anciens jurisconsultes, ont cru devoir traiter cumulativement de ces deux modes de disposer, mêlant fréquemment, sous une même rubrique, quelquefois dans un même article, les principes qui les régissent. Par suite de cette habitude, les mots « disposition *entre-vifs* » se sont trouvés joints, dans la rédaction de l'art. 900, aux mots « disposition *testamentaire* » (M. Val.).

529. — DEUXIÈME SYSTÈME. Cette extension est fort rationnelle. Si les contrats *à titre onéreux* sont nuls lorsqu'ils sont faits sous des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, c'est que, dans ces contrats, aucune des parties n'étant dominée par l'autre, chacune d'elles est coupable, l'une d'avoir proposé, l'autre d'avoir accepté des conditions de cette nature ; or, il n'en est pas de même dans une donation. Qu'on dise qu'*en droit* ce contrat est l'œuvre des deux parties, rien ne sera plus vrai ; mais *en fait* la donation est l'œuvre du donateur *seul* : c'est lui évidemment qui en dicte les clauses, les conditions. Le donataire, qui craint que le bénéfice qu'on lui offre ne lui échappe s'il contrarie le donateur, n'a pas, *en réalité*, assez d'indépendance pour critiquer et repousser les conditions auxquelles la libéralité qui lui est offerte est subordonnée : il ne participe pas plus à la donation qu'un légataire ne participe au testament. C'est donc aux testaments, et non aux contrats à titre onéreux, qu'elle devait, sous ce rapport, être assimilée (1).

CHAPITRE II. — DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR PAR DONATION OU PAR TESTAMENT.

§ I. — *Incapacité de disposer. — Indisponibilité.*

530. — Ces deux idées ne doivent pas être confondues. L'*incapacité* naît de la défense que fait la loi à certaines personnes de disposer de leurs biens, quelle que soit la qualité des héritiers qu'elles laissent à leur décès. L'*indisponibilité* résulte de la défense que la loi fait à toute personne de disposer de la totalité de ses biens au préjudice de *certains parents privilégiés*, appelés héritiers *réservataires* (art. 913 et 915).

L'incapacité de disposer et l'indisponibilité doivent-elles être confondues ?

C'est au moment *de la disposition* qu'il faut se placer pour juger la question de *capacité* : les événements postérieurs sont impuissants à *valider* la libéralité faite par un incapable ou à *vicier* celle qui émane d'un capable. Ainsi, par exemple, la donation ou le testament fait par un majeur sain d'esprit reste valable, quoique le disposant soit plus tard interdit ; et, réciproquement, la dona-

Quel intérêt y a-t-il à les distinguer ?

(1) MM. Bug.; Demol., t. I, n° 204.

tion ou le testament fait par un interdit reste nul, quoique le disposant soit plus tard relevé de l'interdiction.

En matière d'*indisponibilité*, au contraire, on considère non pas le moment de la disposition, mais l'époque *du décès du disposant*; c'est à ce moment-là seulement qu'il y a lieu d'examiner s'il laisse ou non des parents réservataires. Ainsi, le legs universel fait par une personne qui n'a qu'un fils subira une réduction de moitié si le disposant meurt avec ce fils, des deux tiers ou des trois quarts s'il laisse un autre ou deux autres fils (art. 913). A l'inverse, sa disposition produira tout son effet si les parents réservataires qu'il avait quand il a disposé sont morts avant lui, et s'il ne lui en est survenu aucun autre avant son décès. Tout dépend de l'avenir.

Le chapitre que nous avons à étudier traite de l'*incapacité*. Nous y trouverons cependant deux cas d'*indisponibilité* (voy. les nos 560 et 569).

§ II. — *Généralités sur l'incapacité. — Classement des personnes incapables.*

Art. 902.

La capacité est-elle ou n'est-elle point le droit commun?

Combien reconnaît-on d'espèces d'incapacité?

Qu'est-ce qu'une incapacité *absolue*?

Une incapacité *relative*?

531. — La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Ainsi, toutes personnes sont capables de disposer ou de recevoir par donation ou par legs, excepté celles qui sont frappées d'incapacité par une disposition expresse de la loi. Nous aurons donc à rechercher, non pas quelles personnes sont capables, mais quelles personnes ne le sont pas.

Il y a des incapacités de *disposer* et des incapacités de *recevoir*. Les unes et les autres sont *absolues* ou *relatives* : *absolues*, lorsqu'elles sont indépendantes des relations existantes entre celui qui dispose et celui qui reçoit; *relatives*, dans le cas contraire. Ainsi, sont frappés d'une incapacité *absolue* ceux qui ne peuvent disposer de leurs biens au profit de qui que ce soit, ou qui ne peuvent recevoir de personne; d'une incapacité *relative*, ceux qui, capables en général, ne peuvent pas donner ou léguer à certaines personnes déterminées.

L'incapacité relative de *disposer* et l'incapacité relative de *recevoir* ne sont-elles pas toujours corrélatives?

532. — L'incapacité *relative* de disposer est toujours corrélative à l'incapacité de recevoir, et réciproquement : car toute incapacité *relative* de disposer implique nécessairement, *chez une autre personne*, l'incapacité *relative* de recevoir, et *vice versâ*. Il y a là deux idées, dont l'une ne peut exister sans l'autre. Si, par exemple, le mineur qui a seize ans accomplis ne peut pas tester au profit de son tuteur, c'est que celui-ci est incapable de recevoir de son mineur (art. 907). Si les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent pas recevoir de leur père ou mère, c'est que leur père ou mère est incapable de disposer à leur profit (art. 908).

La personne frappée d'une incapacité relative de *disposer* est-elle, par cela même, frappée de l'incapacité de *recevoir* des personnes

533. — Mais la personne frappée d'une incapacité relative de *disposer* n'est pas, par cela même, frappée de l'incapacité relative de *recevoir* de la personne qu'elle ne peut pas gratifier; et, réciproquement, la personne frappée d'une incapacité relative de

recevoir peut très-bien gratifier la personne qui ne peut rien lui transmettre. Ainsi, le mineur, qui ne peut faire aucune libéralité à son tuteur, peut très-bien en recevoir de lui. L'enfant adultérin ou incestueux, incapable de recevoir de son père, peut néanmoins lui transmettre tous ses biens par donation ou par legs.

sonnes qu'elle ne peut pas gratifier, et réciproquement?

§ III. — *De l'incapacité absolue de disposer.*

534. — Il y a des personnes qui ne peuvent disposer ni par donation ni par testament, d'autres qui peuvent *tester* et ne peuvent pas *donner*, d'autres enfin qui peuvent *donner* et ne peuvent pas *tester*.

N'y a-t-il point des personnes qui ne peuvent ni donner ni tester, d'autres qui peuvent donner et qui ne peuvent pas tester ou réciproquement?

535. — I. *Quelles personnes sont frappées d'une incapacité absolue de disposer* SOIT PAR DONATION, SOIT PAR TESTAMENT. — Sont frappés de cette incapacité : 1° ceux qui ne sont pas sains d'esprit; 2° les personnes qui, par suite d'une condamnation criminelle, sont en état d'interdiction légale; 3° les mineurs de seize ans, sauf un cas particulier, où ils ont le droit de *donner*; 4° les *interdits*; 5° les personnes qui, sans être interdites, sont placées dans une maison d'aliénés.

Quelles personnes sont frappées de l'incapacité absolue de donner ou de tester?

L'incapacité des personnes qui sont en état d'interdiction légale, et des personnes qui sont placées dans des maisons d'aliénés, est réglée dans les lois qui les concernent (1). Nous n'avons à nous occuper ici que des incapacités qui font l'objet de ce Titre *Des donations et des testaments*.

Art. 901.

536. — 1° *Des personnes qui ne sont pas saines d'esprit*. — « Pour faire une donation ou un testament, il faut être sain d'esprit. »

Comment devons-nous entendre la règle que pour donner il faut être sain d'esprit?

Cette règle n'est-elle qu'une application du droit commun?

Constitue-t-elle, au contraire, une règle propre aux actes à titre gratuit?

Déroge-t-elle au principe de l'art. 504?

N'être pas sain d'esprit, c'est avoir l'esprit malade. Ont l'esprit malade les hommes atteints de folie, de fureur ou d'imbécillité, ceux qu'une maladie fait délirer, ou dont l'esprit est dans l'ivresse. Ces personnes sont incapables de disposer de leurs biens à titre gratuit, parce qu'elles sont incapables d'avoir une volonté libre et réfléchie. Mais qu'était-il besoin de nous le dire expressément? Y a-t-il donc des actes qui peuvent être *valablement* faits par des personnes qui ne sont pas saines d'esprit? Est-ce que le consentement n'est pas aussi essentiellement nécessaire à la validité des actes *à titre onéreux* qu'à la validité des *donations*? Qu'a donc voulu dire la loi? La règle qu'elle établit au Titre *Des donations et des testaments* n'est-elle qu'une application du droit commun, et, par suite, une règle inutile? constitue-t-elle, au contraire, un principe propre aux actes à titre gratuit?

Suivant l'opinion générale, cette règle crée une théorie particulière aux testaments et aux donations : elle a, dit-on, pour but de déroger au principe de l'art. 504. Selon le droit commun, con-

(1) Voy., à ce sujet, dans le t. I, d'une part, l'explication de la loi abrogative de la mort civile (nos 213 et s.), et, d'autre part, l'explication de la loi sur les aliénés (nos 1313 et s.).

sacré dans cet article, les actes d'une personne décédée ne peuvent être attaqués, *pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité*, que dans les deux cas suivants : 1° lorsque son interdiction a été prononcée, ou au moins provoquée, avant son décès ; 2° lorsque sa démence ressort de l'acte même qui est attaqué. Ainsi, les personnes dont le parent se trouve dans un état habituel de démence, de fureur ou d'imbécillité, doivent, si elles veulent se réserver le droit d'attaquer, après son décès, les actes qu'il pourra passer en son vivant, faire prononcer ou au moins provoquer son interdiction. Si elles restent dans l'inaction, les actes qu'il aura faits seront irrévocables, à moins qu'ils ne portent en eux-mêmes la preuve de la folie. En disant qu'il faut être sain d'esprit pour *donner* ou pour *tester*, la loi a entendu déroger au principe de l'article 504. Sa pensée est celle-ci : Les donations et testaments faits par une personne en état habituel de démence, de fureur ou d'imbécillité, peuvent être attaqués pour cette cause par ses héritiers, non-seulement lorsqu'ils ont fait prononcer, ou au moins provoqué, son interdiction, *mais encore dans l'hypothèse contraire, et bien que ces actes ne portent pas en eux-mêmes la preuve de la folie.*

Cette interprétation de l'art. 901 est principalement fondée sur un argument historique. L'art. 901, dans le projet du Code soumis à la discussion du Conseil d'État, était ainsi conçu : « Il faut « être sain d'esprit pour faire une donation ou un testament. — « Ces actes ne peuvent être attaqués pour cause de démence que « dans les cas et de la manière prescrite par l'art. 504. » Cette seconde partie de l'art. 901 fut critiquée par le consul Cambacérès et retranchée sur ses observations. On en a conclu que l'art. 504 n'était pas applicable aux donations ou testaments.

Un autre argument se tire de la combinaison de l'art. 504 avec l'art. 503. Aux termes de l'art. 503, les actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés « lorsque la cause de l'interdiction existait *notoirement* à l'époque où ils ont été faits. » Les tiers qui ont *contracté* avec une personne qui est *publiquement* connue comme folle, sont en faute d'avoir traité avec elle ! Je dis : « qui ont *contracté* », parce qu'il est évident que le mot *actes*, dont se sert l'art. 503, y est employé comme synonyme des mots *conventions*, *contrats* ; et, en effet, quant aux *testaments*, qu'importe que le légataire ait su ou pu savoir que le testateur était en démence? Or, l'art. 504, qui suit immédiatement l'art. 503, s'occupe des mêmes *actes*. Il est impossible de ne pas voir entre ces deux textes une relation intime : donc l'art. 504 ne s'applique pas aux *testaments* ! Et, s'il n'est pas applicable aux *testaments*, il ne l'est pas davantage aux *donations*, car la même règle les régit (1).

(1) MM. Dur., t. VIII, n° 155 ; Val., *sur Proudh.*, t. II, p. 543; Dem., t. IV, n° 17 *bis*, II; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 422; Marc., art. 901; Demol., t. I, n° 355.

537. — Dans un autre système, on soutient que l'art. 901 ne déroge pas à l'art. 504. On raisonne ainsi :

Les actes qui ne portent point en eux-mêmes la preuve de la folie ne peuvent point être attaqués par les héritiers de la personne qui les a faits, si son interdiction n'a pas été prononcée ou provoquée avant son décès. L'art. 504 ne distingue pas entre les actes *à titre onéreux* et les donations ou testaments; la règle qu'il établit est générale et absolue : elle s'applique donc aux donations et aux testaments comme aux actes à titre onéreux. Qu'on ne dise pas qu'en établissant qu'il faut être sain d'esprit pour *donner* ou pour *léguer*, l'art. 901 déroge à l'art. 504 : car, s'il en était ainsi, il faudrait dire aussi que l'art. 504 ne s'applique pas aux contrats *à titre onéreux*, puisque, aux termes de l'art. 1108, il faut également consentir, et par conséquent, être sain d'esprit, pour contracter valablement.

Quel est donc alors le sens et quel est l'objet de l'article 901? Le voici :

L'art. 504 s'occupe des actes faits par une personne qui aurait pu être interdite en son vivant, c'est-à-dire qui était dans un état *habituel* de démence, de fureur ou d'imbécillité (art. 504 et 489 combinés). Ces actes, quels qu'ils soient, ne peuvent pas être attaqués par ses héritiers, parce qu'en négligeant de faire prononcer ou au moins de provoquer son interdiction, ils ont tacitement reconnu qu'elle était saine d'esprit. — Mais il se peut qu'une personne qui ne se trouve pas dans un état *habituel* de démence, de fureur ou d'imbécillité, soit *momentanément* privée de sa raison par quelque cause accidentelle, par exemple, par l'ivresse ou par une fièvre délirante ; il se peut qu'aux approches de la mort ses facultés intellectuelles aient été affaiblies par une longue et douloureuse maladie. L'art. 504 cesse alors d'être applicable : car, dans ces différentes hypothèses, l'interdiction n'étant pas possible, on ne peut pas reprocher aux héritiers de ne l'avoir pas fait prononcer ou au moins provoquée. Les actes faits dans ces circonstances peuvent, quelle que soit leur nature, qu'ils soient à titre gratuit ou à titre onéreux, être attaqués soit par la personne qui les a faits, soit par ses héritiers.

Ainsi, l'art. 901 est étranger aux donations ou testaments faits par une personne en état *habituel* de démence, de fureur ou d'imbécillité : cette hypothèse est régie par l'art. 504. Le premier ne régit que les donations ou testaments faits par une personne qui était, à l'instant où elle a disposé, *momentanément* privée de ses facultés intellectuelles. Et la règle qu'il établit n'est pas propre aux *actes à titre gratuit;* c'est une règle de droit commun. Si elle a été écrite au Titre *Des donations et des testaments,* c'est que l'expérience a montré au législateur que c'est surtout en cette matière qu'elle est utile. On sait, en effet, que ceux qui veulent bénéficier de l'ivresse, du délire d'une personne, ou de l'affaiblissement de ses facultés par suite de l'approche de la mort, sollicitent plus na-

turellement des libéralités qu'un consentement à des actes à titre onéreux (M. Bug.).

Les donations et testaments peuvent-ils être annulés pour cause de suggestion ou de captation ?

538. — Une personne, quoique saine d'esprit, peut être sous l'empire d'une passion si violente et si aveugle, ou d'une volonté étrangère si énergique et si dominante, qu'elle ne soit plus maîtresse de ses facultés : les libéralités qu'elle fait dans cet état d'esprit rentrent-elles sous l'application de l'art. 901 ? En d'autres termes, les donations ou testaments peuvent-ils être annulés, soit pour cause de *captation* ou de *suggestion*, soit parce qu'ils ont été faits *ab irato*, sous la pression d'une haine injuste que le disposant éprouvait contre ses parents?

Cette question fut dans notre ancienne jurisprudence la source de nombreux procès. Les rédacteurs du Code eurent la pensée de trancher toute difficulté à cet égard par une disposition formelle. Le projet du Code portait, en effet : « La loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, captation ou suggestion. » Mais, comme on craignit d'encourager, en admettant cette proposition, les projets de captation ou suggestion, on tomba d'accord que ces questions rentreraient dans le domaine des tribunaux, qui les décideraient suivant la gravité des faits. Ce n'est donc pas violer la loi qu'annuler une libéralité faite *ab irato*, ou obtenue par captation ou suggestion. Du reste, tout le monde convient que les juges ne doivent admettre la nullité qu'avec une grande réserve, c'est-à-dire au cas seulement où il est évident que les faits articulés sont tels qu'ils ont pu troubler et obscurcir l'intelligence du disposant.

Art. 903 et 904.

Les mineurs peuvent-ils donner et tester ?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Ne peuvent-ils pas donner dans un certain cas ?

539. — 2° *Des mineurs* AU-DESSOUS *de* 16 *ans accomplis*. — Ils ne peuvent disposer ni par *donation* ni par *testament*. — Toutefois, le mineur de 16 ans, qui se marie, peut, avec l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage, *donner* à son *futur* conjoint tout ou partie de ses biens (art. 1095, 1398). Cette exception s'applique aux filles mineures, car elles peuvent se marier à 15 ans. Elle est également applicable aux *mineurs*, bien qu'en principe ils ne puissent se marier qu'à 18 ans : on sait, en effet, qu'un mineur de 18 ans peut, dans certains cas, obtenir des dispenses d'âge (art. 145).

Quid, des interdits ?

540. — 3° *Des interdits*. — La libéralité faite par un interdit, *depuis* son interdiction et avant qu'il en ait été relevé, doit être déclarée nulle sans aucun examen : le juge ne peut pas la maintenir, sous prétexte que l'interdit l'a faite pendant un intervalle lucide. L'interdit, tant que son interdiction n'est pas levée, est *légalement* présumé être, pendant tous les instants de sa vie, privé de ses facultés intellectuelles. Cette présomption est invincible : nous verrons, en effet, que *nulle preuve n'est admise contre les présomptions légales*, lorsque, sur leur fondement, ce qui est bien notre hypothèse, la loi annule certains actes (1).

(1) MM. Dem., t. IV, n° 17 *bis*, III; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 422;

Quant aux donations ou testaments *antérieurs* à l'interdiction, voy. ce que j'ai dit sous les nos 536 et 537.

Quelles personnes sont frappées de l'incapacité absolue de *donner* et peuvent *tester*?

541. — II. *Des personnes qui sont frappées de l'incapacité absolue de* DONNER *et qui peuvent* TESTER. — Sont frappés de cette incapacité : 1° *les mineurs parvenus à l'âge de* 16 *ans;* 2° les majeurs qui ont un conseil judiciaire; 3° les femmes mariées.

Pourquoi les mineurs parvenus à l'âge de seize ans peuvent-ils *tester*, tandis qu'ils ne peuvent pas *donner*?

La règle qu'ils ne peuvent pas *donner* ne souffre-t-elle point une exception?

542. — 1° *Des mineurs parvenus à l'âge de* 16 *ans* (c'est-à-dire qui ont 16 ans accomplis, car ce n'est pas être *parvenu à l'âge de* 16 *ans* qu'avoir quinze ans et quelques jours). — Ces personnes sont, quant à la faculté de disposer par *donation*, assimilées à celles qui ont *moins de* 16 *ans*. Ainsi, elles ne peuvent point *donner* (sauf le cas exceptionnel rapporté sous le n° 539). Il leur est, au contraire, permis de *tester*. D'où vient cette différence? La loi a pensé qu'il ne fallait pas enlever aux personnes parvenues à cet âge tous les moyens de récompenser ceux qui leur ont rendu service, qui se sont montrés pour eux pleins d'affection et de dévouement. Mais, parmi les moyens d'atteindre ce but, elle a dû naturellement choisir le moins compromettant; or, rien n'est plus dangereux que le droit de *donner*, car celui qui l'exerce se dépouille *actuellement* et *irrévocablement*. La faculté de *tester*, au contraire, ne présente point les mêmes dangers, car celui qui teste conserve la pleine propriété de ses biens : il ne se dépouille d'aucun droit (voy. les nos 517, 518 et 525). Son testament pourra nuire à ses héritiers s'il ne le révoque point; mais, quant à lui, il n'en éprouve aucun préjudice.

Leur capacité, quant au testament, est-elle aussi grande que celle dont jouissent les majeurs?

La formule dont la loi se sert pour la régler, équivaut-elle à celle-ci : *ils pourront disposer de la moitié de leurs biens?*

543. — Toutefois, le mineur, n'ayant point, quoique parvenu à l'âge de 16 ans, une raison suffisante pour apprécier avec sagesse le droit que peuvent avoir à sa reconnaissance ceux qui l'entourent, la loi, dans l'intérêt de ses héritiers, ne lui accorde qu'une demi-capacité. Il peut disposer, non pas de la *totalité*, non pas même de la MOITIÉ *de ses biens*, mais, ce qui est bien différent, de la *moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur*. Un majeur peut disposer de la *totalité* de ses biens quand il n'a pas d'héritiers réservataires; dans le cas contraire, il n'en peut léguer qu'une fraction, la *moitié*, le *tiers* ou le *quart*, suivant les distinctions énoncées dans les art 913 à 915. La disposition testamentaire faite par un mineur parvenu à seize ans ne peut donc point dépasser la moitié de la *totalité* de ses biens, quand il n'a pas d'héritiers réservataires, et, dans le cas contraire, la moitié de la *moitié*, du *tiers* ou du *quart*.

Quid, si, après avoir testé en *minorité*, le testateur meurt en *majorité*?

Il en est ainsi, lors même qu'il meurt majeur de 21 ans. La prohibition de disposer au-delà de ces limites est uniquement fondée sur l'état de faiblesse où il était au moment de la confection de son testament : elle constitue, par conséquent, une *incapacité* proprement dite; or, en cette matière, c'est toujours au moment *de la*

Marc., art. 901. (Voy., à ce sujet, ce qui a été dit dans le t. I, sous le n° 533.) — *Contrà*, M. Demol., t. I, n° 337.

confection du testament qu'il faut se placer pour juger de la validité du legs et en apprécier l'étendue. Je prends un exemple :

544. — Un mineur, qui a 16 ans accomplis, son père et sa mère, et une fortune de 100,000 fr., a fait un legs universel : quelle est l'étendue de ce legs? Si le testateur est mort mineur de 21 ans, il est évident que le legs n'est valable que jusqu'à concurrence de la moitié de la moitié, c'est-à-dire pour 25,000 fr. : car, s'il eût été majeur, il n'aurait pu léguer que la moitié de tous ses biens ou 50,000 fr. (art. 915). Mais s'il est mort majeur? Le résultat est le même : car le vice résultant de l'incapacité dont il était frappé au moment où il a testé n'a pas pu être effacé par suite de la circonstance qu'il est mort en majorité : la capacité qui survient ne valide point les actes faits en état d'incapacité (voy. le no 530) (1).

Un mineur âgé de seize ans a, dans sa ligne paternelle, son grand-père, dans sa ligne maternelle, un collatéral; il lègue à son grand-père, par préciput et hors part, *tout ce dont la loi lui permet de disposer* : que comprend ce legs?

545. — Un mineur âgé de seize ans a dans sa ligne paternelle son grand-père, dans sa ligne maternelle un collatéral; il lègue à son grand-père, par préciput et hors part, *tout ce dont la loi lui permet de disposer :* que comprend ce legs? comprend-il la moitié du *tout* ou seulement la moitié des *trois quarts ?* Quelques personnes pensent qu'il ne comprend que la moitié des *trois quarts*. Dans l'espèce, disent-elles, le *testateur*, ayant un ascendant réservataire pour un quart (art. 915), n'aurait pu, s'il eût été majeur, léguer que les trois quarts de ses biens : donc, etc. Je n'admets point cette solution. Le raisonnement sur lequel on l'appuie serait juste si on raisonnait dans l'hypothèse d'un legs fait à toute autre personne qu'à l'ascendant du testateur ; mais il cesse de l'être dès qu'on se place en présence de l'hypothèse contraire. En effet, lorsqu'une personne dispose en faveur du *réservataire lui-même*, il ne peut plus être question de réserve : à son égard, le *disponible* comprend la *totalité* des biens. L'ascendant peut donc, dans l'espèce, réclamer, en sa qualité de légataire préciputaire, la moitié, non pas seulement des trois quarts, mais de la totalité des biens (2).

Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire peuvent-elles donner? peuvent-elles tester?

546. — 2° *Des personnes pourvues d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité.* — Ces personnes peuvent faire seules tous les actes à l'égard desquels elles n'ont pas été expressément déclarées incapables. Les art. 499 et 513 portent qu'elles ne peuvent pas *aliéner* sans l'assistance de leur conseil : elles ne peuvent donc pas *donner* sans cette assistance. Aucun texte ne leur défend de *tester :* elles sont donc capables sous ce rapport.

Art. 905.

Les femmes mariées peuvent-elles faire des donations?

547. — 3° *Des femmes mariées.* — Elles ne peuvent faire aucune *donation* sans l'autorisation de leur mari ou de justice. Peu importe le régime sous lequel elles sont mariées. Ainsi, quoiqu'elles soient capables d'*aliéner* leurs *meubles*, quand elles sont mariées sous le régime de la séparation de biens (art. 1449, 1538), elles n'ont pas

(1) MM. Dur., t. VIII, nos 175 et 188; Bug.; Dem., t. IV, no 22 *bis*, III; Duv.; Marc., art. 904; Aubry et Rau, t. V, p. 605; Demol., t. I, nos 423 et suiv.

(2) MM. Bug; Val.; Marc., art. 916; Demol., t. I, no 435. — *Contrà*, MM. Dem., t. IV, no 22 *bis* V; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 606 et 607.

néanmoins capacité à l'effet d'aliéner *par donation :* car donner, c'est *perdre*, et, si la femme séparée de biens peut *aliéner* son mobilier, ce n'est qu'à titre *d'administration*, c'est-à-dire qu'autant que l'aliénation qu'elle fait est utile ou nécessaire.

548. — La femme autorisée *de son mari* a une capacité pleine et entière. Il n'en est pas toujours de même de celle qui, à défaut de l'autorisation de son mari, se fait autoriser par la justice. Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime sans communauté, le mari a le droit de percevoir tous les revenus des biens de sa femme ; le même droit lui appartient sous le régime dotal, quant aux biens dotaux. Dans ces diverses hypothèses, la donation que fait la femme avec l'autorisation *de justice* ne porte aucune atteinte au droit de jouissance du mari. Ainsi, est-elle autorisée *de son mari :* elle peut donner la *pleine* propriété de ses biens. Est-elle autorisée *de justice :* elle ne peut donner que la *nue*-propriété des biens dont la jouissance appartient à son mari (art. 1555).

Celles qui ont l'autorisation de leur mari n'ont-elles pas une capacité plus grande que celles qui sont autorisées par la justice?

549. — L'incapacité des femmes mariées est *surtout civile :* si, en effet, la loi ne leur laisse point le droit de disposer à leur gré de leur fortune, c'est principalement parce que cette faculté ne se peut point concilier avec la puissance maritale à laquelle elles sont soumises (voy. t. I, n° 762). Les *libéralités testamentaires* ne portent aucune atteinte à la puissance maritale, puisqu'elles ne produisent leur effet qu'à une époque où elle a cessé d'exister, c'est-à-dire au décès de la testatrice : de là le principe que les femmes mariées, bien qu'incapables de disposer *par donation*, sont pleinement capables de disposer *par testament*.

Peuvent-elles tester sans autorisation? Pourquoi le peuvent-elles, tandis qu'elles ne peuvent pas donner?

550. — III. *Des personnes qui ne peuvent pas* TESTER, *bien qu'elles puissent* DONNER. — Je n'en connais qu'une, et je l'ai déjà fait connaître. Je veux parler du mineur *au-dessous* de seize ans, qui se marie. Ce mineur peut, en effet, avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité de son mariage, *donner* tout ou partie de ses biens à son futur conjoint (voy. le n° 539). Il est, au contraire, frappé d'une incapacité absolue de disposer *par testament*. L'autorisation de ses ascendants ou de son tuteur ne peut pas le relever de cette incapacité : car le droit de tester ne peut être exercé ni avec le secours d'autrui ni par un représentant. Ainsi, quant au testament, la privation de l'*exercice* du droit de disposer équivaut à la privation du *droit* lui-même.

Art. 903.

Quelles personnes sont capables de *donner* et incapables de *tester*?

§ IV. — *De l'incapacité absolue de recevoir par donation ou par testament.*

Art. 910.

Quelles personnes sont frappées de l'incapacité absolue de recevoir?

551. — Sont incapables de recevoir à ce titre :

1° Les personnes qui ne sont pas encore conçues au moment de la donation ou du décès du testateur (voy., sous les n^os^ 575 et suiv., l'explic. de l'art. 906).

2° Les personnes condamnées à une peine afflictive perpétuelle. — Elles peuvent, toutefois, recevoir à titre d'aliments.

3° Les étrangers, lorsque les Français sont frappés de la même incapacité par les lois de la nation à laquelle ces étrangers appartiennent; mais cette incapacité a été abrogée par la loi du 14 juillet 1819 (voy. le n° 46).

Comment appelle-t-on les hospices, les communes?
Ces personnes peuvent-elles recevoir des libéralités?
Pourquoi ont-elles besoin, à cet effet, de l'autorisation du Gouvernement?

4° Les personnes dites *de mainmorte*, c'est-à-dire les hospices, les pauvres d'une commune, les établissements d'utilité publique, lorsque le Gouvernement leur refuse l'autorisation d'accepter les dons qui leur sont offerts. En créant cette incapacité, la loi a eu pour but, d'une part, de protéger les familles contre ces libéralités pieuses que font souvent fort légèrement les personnes d'un âge avancé ou d'une piété trop enthousiaste; d'autre part, l'intérêt de l'Etat lui-même, car il importe, sous plusieurs rapports, que les biens ne s'accumulent pas entre les mains de ces personnes. Cette accumulation aurait, en effet, un triple danger: — 1° Les biens qui appartiennent aux personnes de mainmorte sont peu productifs, parce que, d'ordinaire, ils sont mal administrés; — 2° lorsqu'une personne meurt, l'Etat perçoit un droit de mutation. Les personnes de mainmorte ne meurent pas: les biens qu'elles possèdent sont donc amortis; or, ce que l'Etat ne perçoit pas sur les biens des hospices, etc., il est obligé de le percevoir sur ceux des particuliers; — 3° que ces établissements soient assez riches pour suffire à leurs besoins, rien de plus juste; mais là où commence le luxe, là commence le désordre.

Quand la donation qui leur est offerte est-elle parfaite?
Quid, si le donateur meurt avant que son offre ait été régulièrement acceptée?

552. — La donation offerte aux gens de mainmorte n'est parfaite qu'à partir du moment où elle a été acceptée avec l'autorisation du Gouvernement. Une acceptation provisoire par les administrateurs de l'établissement auquel elle est offerte ne lie pas le donateur, qui peut révoquer son offre. Bien plus, l'offre sera nécessairement caduque si le donateur meurt avant qu'elle ait été régulièrement acceptée (1).

Quelle différence y a-t-il entre les personnes incapables de *recevoir* et les personnes incapables d'*accepter* des libéralités?

553. — Il ne faut pas confondre les personnes qui n'ont pas la capacité de *recevoir* avec celles qui sont privées seulement de la capacité d'*accepter* des donations ou des legs. On peut, en effet, avoir le droit et n'avoir pas l'*exercice* de son droit: telle est la condition des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Ces personnes peuvent recevoir à titre gratuit; mais le droit que la loi leur confère ne peut être exercé que sous certaines autorisations, ou par certaines personnes qui les représentent (art. 934 et suiv.).

(1) Voy., sur l'incapacité des personnes de mainmorte, les art. 48 de la loi du 18 juillet 1837, 31 de la loi du 10 mai 1838, 4 et 5 de la loi du 24 mai 1825. — Ajoutez la loi du 18 juillet 1866 *sur les conseils generaux* (art. 1, n° 5), et la loi du 24 juillet 1867 *sur les conseils municipaux* (art. 1, n° 9).

§ V. — *De l'incapacité* RELATIVE *de* DISPOSER, *et, par suite, de l'incapacité* RELATIVE *de* RECEVOIR.

Art. 907.

554. — Sont frappés de l'incapacité relative de disposer *par testament* les mineurs au-dessus de 16 ans, *dans leurs rapports avec leur tuteur*. Bien que capables de disposer par testament de la moitié des biens dont ils pourraient disposer s'ils étaient majeurs, ils ne peuvent faire aucun legs à leur tuteur. La loi a voulu protéger la famille de l'enfant contre l'abus que le tuteur aurait pu faire de l'autorité qu'il exerce sur son esprit.

Quelles personnes sont frappées de l'incapacité relative de disposer ou de recevoir par testament?

Pourquoi le mineur âgé de seize ans ne peut-il pas faire un legs à son tuteur?

555. — Sont frappés de l'incapacité relative de disposer par *donation* ou par *testament* :

La majorité fait-elle cesser cette incapacité?

1° *Le mineur devenu majeur*, DANS SES RAPPORTS AVEC SON ANCIEN TUTEUR, *tant que le compte définitif de tutelle n'a pas été rendu et apuré*.

L'incapacité du mineur survit à la tutelle, parce que l'influence à laquelle il était soumis n'est pas entièrement effacée par sa majorité. Il fallait d'ailleurs le protéger contre l'impatience qu'il éprouve d'être mis à la tête de sa fortune. Son ancien tuteur, qui tient encore en sa possession le patrimoine qu'il a géré, aurait pu, en effet, lui dire : « Je suis prêt à vous rendre un compte fidèle de ma gestion ; je vais vous restituer de fortes sommes, vous mettre, sous peu de jours, demain si vous le voulez, en possession de vos biens, sans en retenir aucun. Mais faites-moi telle ou telle libéralité. » Combien de jeunes gens eussent résisté ?

Ainsi, le mineur, devenu majeur, ne peut faire aucune libéralité, ni donation ni legs, à son ancien tuteur qui n'a pas encore rendu ses comptes. Son incapacité dure jusqu'à l'apurement du compte : le compte est apuré dès qu'il a été examiné, vérifié et approuvé. Dès ce moment le tuteur est relevé de son incapacité de recevoir. Peu importe qu'il ait ou non remis les pièces justificatives de son compte : l'art. 472, qui exige, pour la validité des traités qui interviennent entre le mineur devenu majeur et son ancien tuteur, qu'ils soient faits dix jours après la remise de ces pièces constatée par un récépissé, n'est applicable qu'au traité par lequel le tuteur se fait faire une remise de *l'obligation de rendre compte*.

Jusqu'à quel moment dure-t-elle?

Quid, si le tuteur n'a pas encore remis les pièces justificatives de son compte?

556. — Le paiement du reliquat n'est pas non plus nécessaire pour faire cesser l'incapacité du tuteur : car le mineur, étant pleinement instruit de ses droits par le compte qui lui a été rendu, n'est plus sous la dépendance de son ancien tuteur. — Son incapacité cesse encore par l'expiration de dix ans à compter de la majorité du mineur : alors, en effet, l'obligation de rendre compte est prescrite, et, quand une obligation a cessé d'exister par suite de la prescription, la loi présume qu'elle a été effectivement et fidèlement exécutée (voy. l'explic. de l'art. 2219).

Quid, s'il est encore débiteur du reliquat

Quid, si l'obligation de rendre compte est éteinte par prescription?

La double incapacité dont nous venons de parler ne souffre-t-elle point une exception?

557. — La double incapacité dont je viens de parler n'existe point lorsque la tutelle est gérée par *l'ascendant* du mineur : l'affection naturelle qu'ont les ascendants pour leurs enfants est une garantie qu'ils n'abuseront pas de leur autorité pour leur extorquer des libéralités injustes.

Art. 908.

Peut-on faire à son enfant naturel reconnu les mêmes libéralités qu'à un étranger?

Quelle est la cause de cette incapacité?

558. — 2o *Le père ou la mère dans ses rapports avec ses enfants naturels.* — Cette incapacité se rattache au système général des successions. Nous avons vu, sous le n° 138, que le Code, afin d'honorer le mariage, avait abrogé la loi de brumaire an II, qui accordait aux enfants naturels reconnus les mêmes droits qu'aux enfants légitimes : la loi nouvelle ne les exclut pas complétement de la succession de leur père ou mère, mais elle ne leur accorde que des droits *limités* ou *restreints*. Ces restrictions eussent été souvent illusoires s'il eût été permis de faire aux enfants naturels des libéralités préciputaires : de là la règle qu'ils ne peuvent, par donation ou legs, *rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au Titre* DES SUCCESSIONS.

Que peut-on donner ou léguer à son enfant adultérin ou incestueux?

Lorsqu'on lui lègue des aliments, en quelle qualité les peut-il réclamer?

Si on lui donne des aliments, lui fait-on une véritable *libéralité*?

559. — La loi n'accorde que des aliments aux enfants adultérins ou incestueux (art. 762). Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent, par conséquent, recevoir de leur père ou mère, par donation ou legs, que des aliments.

Lorsque des aliments leur ont été légués, ils peuvent à leur choix les réclamer ou en leur qualité d'*enfants* ou comme *légataires*. Au premier cas, ils réclament le paiement d'une *dette* de la succession (art. 762), ce qui leur permet de passer avant tous autres légataires (voy. le n° 302, *in fine*). Au second cas, ils ne viennent qu'après les créanciers de la succession ; mais ils ont, pour la sûreté de leur legs, l'hypothèque dont il est parlé dans l'art. 1017.

Que si, en son vivant, leur père ou leur mère leur assure des aliments, l'acte passé à leur profit, quoique qualifié de *donation*, constitue un véritable *paiement*. Ce n'est pas, en effet, faire une donation que payer ce que l'on doit. Ainsi, et à la différence des donations, ce paiement ne sera révocable ni pour cause d'ingratitude, ni pour cause de survenance d'enfant.

Dans quel cas notre art. 908 reçoit-il son application?

— Quant à la question de savoir dans quel cas la libéralité pourra être réduite à de simples aliments, sous prétexte que le donataire ou le légataire est l'enfant adultérin ou incestueux du disposant, voyez ce que j'ai dit sous les n°s 168 et suiv.

La prohibition du même article constitue-t-elle une *incapacité* proprement dite? Ne se rattache-t-elle pas plutôt à la théorie de *l'indisponibilité*?

560. — La portion à laquelle les enfants naturels ont droit en qualité de successeurs *ab intestat* ne peut être connue et déterminée qu'au décès de leur père ou mère : car elle varie suivant la qualité des parents avec lesquels ils concourent, et même suivant leur nombre, quand ceux qui succèdent avec eux sont des enfants légitimes (art. 757). La portion dont il est permis de disposer à leur profit se mesurant sur la portion que la loi leur attribue dans la succession *ab intestat*, il en résulte que, pour apprécier et déterminer l'étendue de la libéralité qu'ils ont le droit de conserver,

il faut se placer, non pas au moment de la donation ou de la confection du testament, mais au moment de l'ouverture de la succession du disposant.

C'est, par conséquent, à tort que la loi a placé au chapitre *Des incapacités* la défense qu'elle adresse aux père et mère de faire, au-delà d'une certaine limite, des libéralités à leurs enfants naturels reconnus : cette restriction se rattache, en effet, à la théorie de l'*indisponibilité* (voy. le n° 530). Concluons-en que la personne qui a fait une donation exagérée à son enfant naturel reconnu ne peut pas elle-même en demander la réduction : ce droit n'appartient qu'à ses héritiers *légitimes*.

Les libéralités qu'une personne a faites aux enfants *légitimes* de son enfant naturel sont-elles valables pour le tout?

561. — Les libéralités qu'une personne a faites aux enfants *légitimes* de son enfant naturel sont traitées de la même manière qu'elles le seraient si elles étaient faites à l'enfant naturel lui-même. Et, en effet, de deux choses l'une : ou l'enfant naturel a survécu, et alors les libéralités faites à ses enfants sont réputées faites à lui-même (art. 911) ; ou il est prédécédé, et alors l'incapacité relative dont il était frappé s'étend à ses enfants, car ils le représentent et prennent sa place (art. 759).

Quid, de celles qu'elle a faites à son concubin ou à sa concubine, c'est-à-dire au père ou à la mère de son enfant ?

562. — Le concubin ne peut donner ou léguer à sa concubine, et réciproquement, que ce qu'il pourrait donner ou léguer à son enfant naturel : car, aux termes de l'art. 911, les libéralités faites à la mère ou au père d'un incapable sont réputées faites à l'incapable lui-même. Mais, si l'enfant reconnu n'existait plus au moment de la disposition, ou s'il n'a été reconnu que par son père ou sa mère, le concubin peut donner à sa concubine (et réciproquement) tout ce qu'il pourrait donner à toute autre personne. L'ancien droit, il est vrai, réprouvait les donations faites aux concubins ; mais le Code, afin d'éviter des procès toujours scandaleux, n'a point reproduit cette cause d'incapacité relative.

Art. 909.

Pourquoi les médecins, chirurgiens et pharmaciens, qui traitent un malade, ou les ministres du culte qui l'assistent, sont-ils incapables de recevoir de lui ?

563. — 3° *Les personnes malades, dans leurs rapports soit avec les médecins, chirurgiens et pharmaciens, qui les traitent pendant la maladie dont elles meurent, soit avec les ministres du culte qui pendant la même maladie leur administrent les secours de la religion.*

Motifs de cette incapacité relative. — Pothier nous les donne. Les médecins, chirurgiens ou pharmaciens, qui ont entrepris une cure, ne peuvent et ne doivent rien recevoir de leur malade, «parce que celui-ci, pour avoir sa guérison, n'ose rien refuser à ceux qui le traitent, desquels il s'imagine pouvoir l'obtenir; les ministres du culte, parce que l'empire qu'ils acquièrent sur l'esprit de leurs pénitents et surtout de leurs pénitentes est si grand, que la loi présume que les libéralités qu'ils reçoivent du malade n'ont pas été faites avec la liberté nécessaire pour les faire valoir.»

Les sages-femmes et ceux qui exercent illégalement la médecine ne doivent-ils pas, quant à cette incapa-

564 — *Des personnes qui sont frappées de cette incapacité.* — La loi mentionne :

1° Les médecins, les chirurgiens, les officiers de santé et les pharmaciens. Mais cette énumération n'est pas limitative. Il faut

cité, être assimilés aux médecins?

y faire entrer les sages-femmes, et même (M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, le dit expressément) tous ceux qui pratiquent illégalement la médecine, tels que les charlatans, les empiriques : leur influence est d'autant plus à craindre, qu'ordinairement elle s'exerce sur l'esprit de personnes peu éclairées. Quant aux gardes-malades, on ne peut pas dire qu'ils pratiquent la médecine, qu'ils *traitent* la personne confiée à leurs soins; ce n'est pas d'eux que le malade attend sa guérison : dès lors il n'y a pas lieu de présumer que les dons qu'ils ont reçus de lui n'ont pas été faits avec liberté. Où s'arrêterait-on d'ailleurs si l'on décidait autrement? Il faudrait annuler les libéralités qu'un malade fait à son domestique qui le soigne, à son ami qui le veille, et cependant personne ne va jusque-là!

Faut-il distinguer entre les ministres du culte catholique et les ministres d'une autre religion?

2° Les ministres du culte catholique ou de toute autre religion; la loi ne distingue pas. Ainsi, tout ministre qui donne au malade les secours de sa religion, quelle qu'elle soit, est incapable de recevoir des libéralités du malade qu'il aide à mourir religieusement.

A quelles conditions est subordonnée l'incapacité dont ces personnes sont frappées?

565. — *Des conditions auxquelles est subordonnée l'incapacité dont ces personnes sont frappées.* — Il faut :

1° Que les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, aient « *traité* » le malade, c'est-à-dire, ainsi que l'indique Pothier, qu'ils aient *entrepris sa guérison*. Cette incapacité ne frappe donc pas les pharmaciens qui n'ont fait que vendre des remèdes, les médecins qui n'ont vu le malade qu'accidentellement, une fois ou deux, en l'absence du médecin ordinaire, ou qui n'avaient été appelés qu'en consultation.

2° Que la libéralité que ces personnes reçoivent soit faite *pendant* la maladie pour laquelle elles ont été appelées, dont elles ont entrepris la guérison : les soins qu'elles ont donnés au disposant *avant* ou *depuis* la confection du testament ou de la donation ne vicient pas la libéralité qui leur a été faite.

Une libéralité a été faite par un malade à son médecin; le disposant meurt *pendant* qu'il est malade. cette libéralité est-elle valable?

3° Que le disposant meure de la maladie pendant laquelle il a disposé : la libéralité qu'il a faite est valable s'il meurt par cas fortuit, par exemple, dans l'incendie de sa maison, ou s'il revient à la santé. — Une libéralité a été faite par un malade à un médecin qui le traite. Le disposant meurt-il *de la maladie pendant laquelle il est traité* : la libéralité ne vaut pas. Meurt-il *par accident*, par exemple d'un coup de tonnerre : la libéralité est valable. Voilà un cas fortuit bien heureux pour le médecin! Cette théorie est inexplicable; mais la loi est formelle.

La distinction que fait la loi à cet égard est-elle rationnelle?

Pourquoi la libéralité est-elle valable lorsque le disposant revient à la santé?

Lorsque le disposant meurt de la maladie pour laquelle il est traité, la libéralité est nulle; s'il revient à la santé, elle est valable. Je comprends cette distinction *quant au testament* : le testateur revenu en santé, qui reconnaît qu'il a été dominé, qu'il a cédé à l'influence coupable de son médecin, est le maître de révoquer le legs dont il se repent; s'il ne le fait pas, la loi doit naturellement en conclure que son testament a été le produit d'une détermina-

La loi n'aurait-elle pas dû distinguer, à cet égard, entre le testament et la donation?

tion entièrement libre. — Mais, *quant aux donations*, la distinction est inexplicable : le donateur, n'étant point maître de révoquer la libéralité qu'il a faite pendant qu'il était malade, est obligé de la subir dans tous les cas, et quoiqu'il ait la conscience de ne l'avoir faite que sous l'empire d'une influence coupable.

L'ancien droit, il est vrai, avait lui-même consacré cette théorie. Mais elle n'avait alors aucun inconvénient : car les donations qu'un malade faisait à son médecin étaient considérées, lors même qu'elles étaient qualifiées d'actes *entre-vifs*, comme des donations *à cause de mort*, lesquelles étaient essentiellement *révocables*. Notre Code n'a pas pris garde qu'il a supprimé les donations à cause de mort, et qu'ainsi les libéralités dont nous traitons demeurent essentiellement *irrévocables*.

Le malade qui a survécu ne peut-il pas attaquer, pour cause de captation ou de suggestion, la donation qu'il a faite à son médecin?

566. — Au reste, il est bien entendu que le donateur qui se repent d'avoir été libéral envers son médecin peut attaquer la donation et la faire annuler *s'il parvient à établir* qu'elle lui a été arrachée par captation ou suggestion. Cette preuve peut être faite soit par titres, soit par témoins, soit même par de simples présomptions (voy. le n° 538).

L'incapacité dont il vient d'être parlé ne cesse-t-elle point dans certains cas?

Pourquoi la loi permet-elle au malade de faire des libéralités rémunératoires et à titre particulier aux personnes indiquées dans notre article?

567. — *Des cas où, par exception, cette incapacité cesse en tout ou en partie.*

PREMIER CAS. La loi ne veut pas qu'un malade soit privé de tout moyen de récompenser le zèle et le dévouement du médecin qui s'efforce de le sauver, du ministre qui le console. Elle lui permet donc de leur faire des libéralités *rémunératoires*, eu égard à ses facultés et aux services rendus, pourvu que ces libéralités soient à titre particulier : *à titre particulier*, parce que, sous cette forme, il est facile de déterminer le *quantum* de la libéralité, et, par suite, de se faire une juste idée de l'étendue qu'on veut lui donner.

Les libéralités *universelles* ne sont-elles pas quelquefois tolérées?

568. — SECOND CAS. Les libéralités, *même universelles*, sont tolérées lorsque le disposant n'a pas *d'héritiers directs*, et que son médecin... ou le ministre du culte est son parent collatéral, au moins au *quatrième degré;* et il en est ainsi lors même que le disposant a des collatéraux plus proches que le collatéral qui le traite ou qui lui apporte les consolations de la religion. Le lien de parenté existant entre le disposant et le donataire ou légataire explique alors et justifie la libéralité.

Il n'en est pas de même lorsque le disposant a des *héritiers directs*, c'est-à-dire des descendants ou des ascendants : car la préférence qu'il accorde alors à son collatéral ne peut guère être expliquée que par l'influence qu'a exercée sur son esprit le médecin ou le ministre du culte qu'il a gratifié. Aussi la loi maintient-elle ici le principe d'incapacité.

569. — TROISIÈME CAS. La libéralité *universelle* est valable, lors même que le disposant a des héritiers directs, si d'ailleurs le médecin (ou le ministre du culte) est lui-même du nombre de ces héritiers.

Remarquons que la loi considère, non pas quels *parents*, mais

quels *héritiers*, laisse le disposant. De là il suit : 1° que le malade qui a, dans sa ligne *directe*, un grand-père, et, dans sa ligne collatérale, un frère ou un neveu, peut faire une libéralité, soit à son frère, soit à son neveu, soit à son cousin, soit à son oncle, qui est son médecin ou son confesseur : dans ces cas, en effet, le disposant n'a pas d'*héritier* dans sa ligne directe, les ascendants autres que père ou mère n'étant pas appelés à succéder lorsque le *de cujus* laisse des frères ou descendants d'eux (voy. les nos 108 et 109); — 2° que le malade ayant son père et son fils ne peut pas faire des libéralités à son père, qui est son médecin ou son confesseur : car, si le père est, dans l'espèce, du nombre des *parents* directs, il ne fait pas partie des *héritiers directs* du disposant.

" La disposition par laquelle la loi règle les libéralités universelles faites par un malade à son médecin ne se rattache-t-elle point, par ce côté, à la théorie de l'*indisponibilité* ?

Remarquons, de plus, qu'en ce qui touche l'exception que nous étudions, la question de *capacité* se transforme en une véritable question de *disponibilité*. N'est-ce pas, en effet, au moment du décès du disposant qu'il faut se placer pour apprécier si la libéralité universelle qu'il a faite est ou non valable? Je suppose que le médecin au profit duquel il a disposé soit son collatéral au quatrième degré ou à un degré plus proche : la libéralité universelle dont il l'a gratifié est-elle nulle ou est-elle valable? Il n'est pas possible de répondre *à priori* : tout dépend de la qualité des héritiers que laissera le disposant à son décès : sa libéralité sera nulle s'il laisse des *héritiers directs*, valable dans le cas contraire. C'est comme si la loi avait dit au malade : « Vous pouvez faire une libéralité universelle au profit de votre frère, de votre oncle, de votre cousin. Vos héritiers directs auront le droit de la faire annuler; mais, à leur défaut, nul autre héritier né pourra la critiquer. » C'est bien là une question *de disponibilité* (voy. le n° 530) (1).

Quid, de la libéralité faite par une femme à son mari médecin, pendant la maladie dont elle est morte?

570.— Une femme peut donner ou léguer ses biens à son mari, ou réciproquement (art. 1096). Mais que décider lorsqu'elle est morte de la maladie dans le cours de laquelle elle a disposé au profit de son mari qui la traitait en qualité de médecin? Si nous ne consultions que le texte de la loi, nous devrions évidemment annuler la donation : car la règle qu'il établit est générale, absolue : aucune distinction n'est faite dans l'intérêt du mari médecin... Cependant, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour reconnaître que l'incapacité dont la loi frappe le médecin ne lui est pas applicable lorsqu'il est le mari de la malade. La loi, a-t-on dit, impose au mari l'obligation de *secourir* sa femme, et, par conséquent, de prendre soin d'elle si elle est malade (art. 212); or, il est impossible de supposer que cette même loi l'ait frappé d'incapacité à raison de l'accomplissement du devoir qu'elle lui a imposé (2).

(1) MM. Val.; Dem., t. III, n° 30 *bis*, X; Marc., art. 909; Demol., t. I, n° 536. — *Contrà*, MM. Dur., t. VIII, n° 256; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 438.

(2) Mais le médecin n'est-il pas aussi obligé de soigner son enfant? et cependant il est incapable de recevoir lorsque le malade a laissé des enfants pour héritiers directs!

571. — Doit-on admettre ce système si, d'une part, le médecin a épousé la malade pendant la maladie dont elle est morte, et si, d'autre part, la libéralité dont elle l'a gratifié a été faite pendant la même maladie et postérieurement à son mariage? Quant au mariage, il est inattaquable : ce contrat n'est pas, en effet, de ceux qu'on puisse annuler pour cause de captation ou de suggestion. En ce qui touche la libéralité, en principe, on la tient pour valable; par exception, on l'annule lorsqu'il est clairement établi que les parties ont eu pour but principal de valider, en se mariant, une libéralité que la loi prohibe. Nous ne pouvons point, a-t-on dit, faire par voie détournée ce que la loi nous défend de faire directement !

Un médecin épouse sa malade; celle-ci lui a fait, postérieurement à son mariage et pendant la maladie dont elle est morte, une libéralité universelle : cette libéralité est-elle valable?

§ VI. — *Des fraudes qui peuvent être pratiquées pour éluder la loi sur les incapacités de disposer ou de recevoir.*

Art. 911.

572. — La fraude peut être pratiquée de deux manières : 1° en faisant la libéralité sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux; 2° en la faisant sous le nom d'une personne interposée.

Quelles fraudes peuvent être pratiquées pour éluder la loi sur les incapacités de disposer ou de recevoir.

1° La libéralité est faite sous le voile d'un contrat à titre onéreux lorsque l'une des parties déclare *faussement* avoir reçu un équivalent pécuniaire, en échange de ce qu'elle procure, par exemple, lorsqu'elle déclare, dans un acte de vente, que le prix a été payé, tandis qu'elle ne l'a pas reçu, ou lorsqu'elle se reconnaît débitrice d'une somme qu'elle n'a pas empruntée. — La loi prévient cette fraude en annulant la libéralité ainsi déguisée (1).

Comment la loi prévient-elle ces fraudes.

La convention qui se présente avec les caractères d'un contrat à titre onéreux est présumée sérieuse et réelle, jusqu'à preuve du contraire. C'est, par conséquent, à ceux qui prétendent qu'elle n'est au fond qu'une libéralité, à prouver la simulation sur laquelle ils fondent leur demande en nullité. Cette preuve peut être faite par toute espèce de moyens, par titres, par témoins et même par de simples présomptions (art. 1348 et 1353).

2° La libéralité est faite sous le nom d'une personne interposée lorsque le donataire ou le légataire designé dans l'acte de donation ou dans le testament s'est, par un acte secret, engagé moralement à restituer le bénéfice de la libéralité à celui que la loi a frappé de l'incapacité absolue ou relative de recevoir. — La loi déjoue cette fraude, en déclarant que la libéralité faite sous cette forme est tout aussi nulle que si elle avait été faite directement à l'incapable lui-même. Mais, comme, *en principe*, elle ne présume pas la simulation, c'est à celui qui demande la nullité à établir que le bénéficiaire apparent n'est qu'un instrument dont on s'est

L'interposition de personnes se présume-t-elle?

(1) Nous examinerons, sous le n° 681, la question de savoir si les donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux sont valables lorsqu'elles sont faites entre personnes *capables* de disposer et de recevoir à titre gratuit.

servi pour faire arriver la libéralité là où la loi ne veut pas qu'elle aille. Cette preuve peut être également faite par toute espèce de moyens.

Pourtant, dans certains cas limitativement déterminés, la simulation est *présumée*, le bénéficiaire apparent est *réputé* n'être qu'un prête-nom, qu'une personne interposée. Sont *réputés* personnes interposées : 1° le père ou la mère ; 2° les enfants ou descendants; 3o le conjoint de l'incapable. Ainsi, par exemple, la libéralité faite soit au père ou à la mère, soit au fils, petit-fils ou arrière-petit-fils, soit au conjoint du médecin, dans l'hypothèse prévue par l'art. 909, est nulle, parce qu'elle est réputée faite au médecin lui-même. Le disposant ou ses héritiers qui attaquent la libéralité n'ont aucune preuve à faire : la preuve de la simulation est toute faite ; elle est dans la présomption de la loi.

Cette présomption peut-elle être détruite par la preuve contraire?

573. — Cette présomption légale est invincible. Le bénéficiaire désigné dans l'acte de donation ou dans le testament ne peut pas être admis à prouver contre elle, à établir qu'il n'est pas seulement bénéficiaire apparent, que c'est bien à lui que la libéralité a été sérieusement et réellement faite (art. 1352).

Les père et mère naturels ou adoptifs, les enfants naturels ou adoptifs de l'incapable sont-ils présumés personnes interposées? *Quid*, des ascendants autres que les père et mère de l'incapable?

574. — La présomption doit être appliquée dans toute sa rigueur, mais elle ne doit pas être étendue au-delà de ses termes. Ainsi, la libéralité faite au père ou à la mère de l'incapable est nulle, sans qu'il y ait à distinguer si le bénéficiaire apparent est un ascendant légitime ou un ascendant naturel. Il faut annuler encore la libéralité lorsqu'elle est faite à son *descendant*, légitime ou naturel, légitimé ou adoptif, fils, petit-fils ou arrière-petit-fils, à son conjoint séparé de corps : car la loi ne fait aucune distinction. Mais les ascendants autres que le *père* et la *mère* ne sont pas mis au nombre des personnes réputées interposées : concluons-en que la libéralité faite à *un aïeul* de l'incapable est, jusqu'à preuve contraire, présumée faite réellement au bénéficiaire apparent.

§ VII. — *A quel moment doit exister la capacité de disposer et de recevoir dans les donations entre-vifs et testamentaires.*

Art. 906.

575. — Les questions qui se rattachent à cette matière sont fort nombreuses. Malheureusement le Code ne nous donne que quelques éléments de solutions : il faut donc, pour combler cette lacune, recourir aux anciens principes et les combiner avec les dispositions particulières du Code.

Quand le testateur doit-il être capable? Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer deux époques et deux espèces de capacité?

576. — I. *De la capacité de disposer par testament.* — Il faut ici distinguer, d'une part, deux époques, celle de la confection du testament et celle du décès du testateur ; d'autre part, le *droit* et l'*exercice* du droit : *le droit...*, c'est-à-dire *la faculté légale de mouvoir avec des héritiers testamentaires ; — l'exercice du droit...*, c'est-à-dire la faculté naturelle de manifester librement et avec discernement ses dernières volontés.

La volonté manifestée par un homme qui n'a pas *le droit* de mou-

rir avec des héritiers testamentaires est, aux yeux de la loi, nulle et de nul effet : le testateur doit donc avoir, au moment de la confection du testament, la capacité de disposer. C'est au moment de la mort du testateur que son testament produit son effet, que s'opère la transmission de ses biens : le testateur doit, par conséquent, avoir, à cette époque, la capacité de transmettre.

La personne qui a le droit de disposer, mais qui n'a pas *l'exercice* de son droit, est réputée manquer de liberté et de discernement. Le testateur doit donc avoir, au moment où il teste, l'exercice du droit de disposer.

La perte de l'*exercice* du droit de tester ne peut pas détruire l'efficacité d'une volonté régulièrement manifestée. Il suffit donc que le testateur ait eu, au moment de la confection de son testament, l'exercice du droit de disposer.

Ainsi, la capacité *de droit* et la capacité *de fait* doivent concourir, chez le testateur, au moment de la confection du testament. Il faut, de plus, que la capacité *de droit* existe au moment du décès. La capacité *de fait* n'est pas nécessaire à cette dernière époque ; il suffit qu'elle ait existé au moment de la confection du testament. Quant à l'intervalle de temps qui se place entre la confection du testament et la mort, la loi ne s'en occupe pas : *media tempora non nocent* (1).

Je place une espèce à côté de chacune de ces propositions :

Le testament fait par un incapable est-il valable si le testateur meurt en état de capacité?

577. — 1° *Testament fait par quelqu'un qui n'a pas la capacité* DE DROIT. Ce testament est nul *ab initio*, et reste nul lors même que le testateur acquiert ensuite la capacité qui lui manquait au moment de la confection du testament. Ainsi, le testament fait par une personne condamnée à une peine afflictive perpétuelle reste sans effet, quoique le testateur, après avoir été gracié et relevé de sa peine, meure dans la plénitude de son droit.

Le testament fait par un mineur de seize ans ou par un interdit est-il valable si le testateur meurt majeur ou relevé de son interdiction?

578. — 2° *Testament fait par une personne qui a la capacité* DE DROIT, *mais qui n'a pas l'*EXERCICE *de son droit ou la capacité* DE FAIT. Ce testament est également nul *ab initio*, et ne peut jamais valoir. Ainsi, le testament fait par un mineur au-dessous de 16 ans ou par un interdit reste nul, quoique le testateur meure majeur ou relevé de son interdiction.

Quid, quant au testament fait par une personne qui, au moment où elle a testé, avait la capacité *de droit*, mais qui ne l'avait plus au moment de son décès?

579. — 3° *Testament fait par une personne qui, au moment où elle a testé, avait la capacité* DE DROIT, *mais qui ne l'avait plus quand elle est morte*. Ce testament est nul : car il ne suffit pas que la capacité *de droit* ait existé au moment de la confection du testament, il la faut encore au moment du décès du testateur. — Cette règle recevait fréquemment son application en droit romain : ainsi, le testament devenait *irritum*, et cessait de valoir, lorsque le testateur, capable au moment de la confection du testament, mourait esclave ou déporté (2).

(1) MM. Val.; Bug.; Dem., t. IV, nos 36, 36 *bis*, I et II; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 453 et 454; Demol., t. I, no 713.

(2) Inst. de Just., §§ 4 et 6 *Quib. mod. testam. infirm.* (II, XVII).

Cette espèce peut-elle se présenter sous l'empire des lois actuelles?

Sous l'empire du Code, la même règle pouvait recevoir son application dans le cas où le testateur, *français* au moment de la confection de son testament, mourait *étranger*. Dans cette hypothèse, le testament, quoique fait par une personne capable, restait sans effet, parce que le testateur, au moment de son décès, n'avait pas la capacité de transmettre ses biens par testament. Mais, depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a donné aux étrangers la même capacité qu'aux Français, cette règle reçoit difficilement son application dans notre droit. On peut cependant citer le cas suivant : Une personne, après avoir testé à une époque de capacité, est ensuite condamnée à une peine afflictive perpétuelle, et elle meurt en cet état : son testament, quoique valable *ab initio*, est frappé de nullité (art. 2 de la loi du 31 mai 1854).

Quid, si le testateur qui était capable au moment où il a testé et au moment de son décès, a été, dans l'intervalle de ces deux époques, frappé d'une incapacité *de droit*?

580. — 4° *Testament fait par une personne qui a la capacité* DE DROIT, *qui la perd, mais qui la recouvre avant son décès*. Ce testament est valable, car *media tempora non nocent*. Ainsi, le testament fait par une personne qui avait la jouissance et l'exercice de ses droits civils produit son effet, quoiqu'elle ait été ensuite condamnée à une peine afflictive perpétuelle, si elle a d'ailleurs recouvré, avant de mourir, la capacité qu'elle avait perdue.

Quid, si le testateur qui a testé en plein état de capacité meurt en état d'interdiction?

581. — 5° *Testament fait par une personne qui, au moment de la confection de son testament, avait la jouissance et l'exercice du droit de disposer, mais qui, au moment de son décès, était privée de l'exercice de son droit*. Ce testament produit tout son effet : car la capacité *de fait* n'est pas nécessaire au moment du décès du testateur; il suffit qu'elle ait existé au moment de la confection du testament. Ainsi, le testament que fait une personne majeure et saine d'esprit reste valable, lors même qu'elle meurt en état d'interdiction.

A quelle époque faut-il que le légataire soit capable?

582. — II. *De la capacité de* RECEVOIR *par testament*. — Nous n'avons pas ici à nous occuper de l'époque de la confection du testament : le légataire, en effet, n'acquiert, à ce moment, aucun droit (voy. les nos 517 et 525), et il n'en exerce aucun, puisqu'il reste étranger à la confection matérielle du testament; or, s'il n'acquiert aucun droit, s'il n'en exerce aucun, qu'importe qu'il soit ou non capable?

Nous n'avons donc à considérer qu'une seule époque, celle où le légataire acquiert les droits que le testateur a voulu lui transmettre.

L'acquisition du legs a lieu au moment du décès du testateur, quand le legs est *pur et simple* ou *à terme* (art. 1014, 1041 et 1185 combinés), au moment où la condition se réalise, s'il est *conditionnel* (art. 1040).

Il faut donc, quand le legs est pur et simple ou à terme, que le légataire soit capable de recevoir au moment du décès du testateur. Ainsi, le legs est caduc, si le légataire, quand le testateur vient à mourir, subit une condamnation à une peine afflictive perpétuelle (art. 2 de la loi du 31 mai 1854), ou s'il n'est pas en-

core conçu. Il suffit qu'il soit conçu à cette époque : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, pourvu toutefois qu'il naisse vivant et viable (voy., sous les nos 41 et s., l'explic. de l'art. 725).

On voit, d'après ce qui vient d'être dit :

1° Que le legs n'est pas frappé de nullité *ab initio*, par cela seul qu'il est fait à une personne incapable de recevoir. Son efficacité reste en suspens jusqu'au décès du testateur : le légataire est-il à cette époque encore incapable, le legs est caduc ; est-il, au contraire, rentré dans la jouissance des droits civils, le legs est valable. Le legs fait à une personne condamnée à une peine afflictive perpétuelle, ou qui n'est pas encore conçue, produit donc son effet si cette personne a recouvré la jouissance de ses droits civils, ou si elle est conçue, au moment du décès du testateur.

2° Que le legs fait au profit d'une personne qui, au moment du décès du testateur, n'est pas capable de recevoir, par exemple, à une personne condamnée à une peine afflictive perpétuelle ou qui n'était pas encore conçue, est caduc, et reste tel lors même que le légataire acquiert par la suite la capacité qu'il n'avait pas.

Si le legs est conditionnel, est-il nécessaire que le légataire soit capable au moment du décès du testateur?

Quid, s'il ne l'est pas au moment où la condition se réalise?

583. — Nous avons jusqu'à présent raisonné dans l'hypothèse d'un legs pur et simple ou à terme. Si le legs est conditionnel, quand faut-il que le légataire soit capable de recevoir? Il doit l'être à deux moments :

1° *Au moment du décès du testateur :* car à cette époque il acquiert un certain droit, droit éventuel, il est vrai, qui peut-être ne se complétera point, mais enfin un certain droit (1). L'article 906 est formel sur ce point : « Le legs, y est-il dit, n'est pas valable lorsqu'il est fait au profit d'une personne qui, *au moment du décès du testateur, n'était pas encore* CONÇUE. » Aucune distinction n'est faite, à cet égard, entre le legs conditionnel et le legs pur et simple : la règle est absolue.

2° *Au moment où la condition se réalise :* car, ainsi que je l'ai dit, c'est à ce moment que s'opère la transmission des objets compris dans le legs. Il ne suffit donc pas que le légataire ait été capable d'acquérir au moment du décès du testateur, s'il ne l'est pas quand la condition se réalise. Ainsi, le legs devient caduc lorsque le légataire qui a survécu au testateur décède *pendente conditione*, ou lorsque, dans le même temps, il vient à être condamné à une peine afflictive perpétuelle.

A quel moment faut-il que le donataire soit capable?

584. — III. *De la capacité de disposer et de recevoir par donation.* — Il est bien évident qu'au moment où s'opère la transmission du droit qui fait l'objet de la donation, le *donateur* doit être capable de le transmettre, et le *donataire* capable

(1) Quoique ce droit ne soit pas transmissible aux héritiers du légataire (art. 1040), il existe néanmoins sous certains rapports : ainsi, le légataire peut le vendre. Il peut aussi faire les actes nécessaires à sa conservation (art. 1180).

de l'acquérir. Or, cette transmission s'opère *au moment de la donation*. Mais quel est ce moment ? Quand la donation est-elle formée ?

Si la volonté du donateur et celle du donataire sont concomitantes, manifestées en même temps devant le même notaire, une seule époque est à considérer, le moment où les parties déclarent leurs volontés au notaire qui en dresse acte. Et il en est ainsi lors même que la donation est sous condition suspensive : car le contrat conditionnel transfère, *hic et nunc*, un certain droit, un droit conditionnel, qui compte dès à présent dans le patrimoine du donataire, et qu'il n'est plus au pouvoir du donateur de lui enlever (voy. le no 517).

Quid, au cas où il s'écoule un intervalle de temps entre l'offre du donateur et l'acceptation de l'offre par le donataire?

Mais il se peut qu'il s'écoule un intervalle de temps plus ou moins long entre l'offre du donateur et l'acceptation de l'offre par le donataire. La loi, en effet, n'exige pas que l'offre et l'acceptation soient concomitantes : chaque volonté peut être manifestée séparément, soit devant le même notaire, soit devant des notaires différents. De plus, l'acceptation qui n'est pas concomitante à l'offre n'a d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui la constate lui a été *notifié* (voy. les Form. 296 et 296 *bis*). Nous voici donc avec trois époques distinctes : l'offre, l'acceptation de l'offre, et la notification de l'acceptation. Le donateur et le donataire doivent-ils être capables à chacune de ces trois époques, et pendant chaque intervalle qui les sépare?

La question est complexe. Je l'examinerai sous toutes ses faces.

Le donateur doit-il être capable *au moment de l'offre?*

585. — 1° Le donateur et le donataire doivent-ils être capables *au moment de l'offre?*

Quant au *donateur*, on est d'accord qu'il doit avoir, à cette époque, la capacité *de droit* et la capacité *de fait*. Ainsi, l'offre faite par une personne qui a la jouissance des droits civils, mais qui n'en a pas l'exercice, par exemple, par un interdit, est nulle, lors même que l'incapable de qui elle émane acquiert plus tard la capacité qui lui manquait au moment où elle a été faite.

Quid, quant au donataire?

En ce qui touche le *donataire*, la question est controversée. Dans quel but, ont dit certains auteurs, la loi exigerait-elle qu'il soit capable quand le donateur fait son offre? Afin qu'il puisse consentir valablement? Mais, à ce moment, il n'a aucun consentement à donner et il n'en donne aucun ! Afin qu'il puisse acquérir ce que le donateur aliène? Mais, tant qu'elle n'est point acceptée, l'offre n'enlève au donateur et, par conséquent, ne transfère au donataire aucun droit ! Il n'y a donc pas plus de raison pour exiger la capacité du donataire au moment de l'offre que pour exiger celle du légataire au moment de la confection du testament.

Tant qu'elle n'est point révoquée, l'offre demeure d'ailleurs subsistante : par cela seul, en effet, qu'il ne la révoque pas, le donateur est censé la renouveler, chaque jour, jusqu'au moment de l'acceptation.

Après tout, l'art. 906 est formel. La *donation*, étant un *contrat* (voy. le n° 516), ne peut exister que par le *concours* des volontés du donateur et du donataire. Cela posé, que nous apprend la loi? « Il suffit, nous dit-elle, que le donataire soit conçu au moment *de la donation*. » Or, ce moment n'est et ne peut être que celui où le donataire accepte l'offre du donateur.

Ainsi, dans ce système, l'offre faite à une personne qui n'était pas conçue ou qui était condamnée à une peine afflictive perpétuelle, peut être, si elle n'a pas été révoquée, valablement acceptée après que cette personne à laquelle elle est adressée est conçue ou relevée de la peine qu'elle subissait (1).

586. — Cette doctrine est combattue et, je crois, avec raison. Lorsque l'art. 906 exige que le donataire soit capable au moment *de la donation*, il emploie ce mot dans son acception naturelle ; or, *la donation*, c'est, de la part du donateur, la déclaration de vouloir donner (art. 932 et 933, argument). Comment d'ailleurs comprendre une offre faite *au néant?* Une telle offre tombe dans le vide : elle n'existe pas.

Dès lors, il est impossible d'admettre qu'une fois faite, elle est présumée durer, tant qu'elle n'est pas révoquée. Pour qu'elle continuât de subsister, il faudrait évidemment qu'elle eût commencé à exister ; et précisément elle n'a eu, nous venons de le montrer, aucune existence (2).

Le donateur et le donataire doivent-ils être capables *au moment de l'acceptation?*

587. — 2° Est-il nécessaire que le donateur et le donataire soient capables *au moment de l'acceptation?* En ce qui regarde le *donataire*, l'affirmative est évidente. Quant au *donateur*, l'hésitation n'est guère possible. Si le donataire peut, par un acte postérieur, accepter l'offre qui lui a été faite, c'est que le donateur est réputé la renouveler chaque jour, jusqu'au moment où intervient l'acceptation : donc la capacité du donateur est tout aussi nécessaire à ce dernier moment qu'au moment même où il fait son offre pour la première fois (3).

Doivent-ils l'être *au moment de la notification de l'acceptation?*

588. — 3° La capacité du donateur et du donataire est-elle nécessaire *au moment de la notification de l'acceptation?* La question se rattache au point de droit suivant: Devons-nous considérer la notification de l'acceptation comme une condition vraiment *constitutive* de la donation, ou simplement comme une formalité accessoire et *extrinsèque?* Cela revient à demander si la donation a, du jour même de l'acceptation, ou seulement du jour où l'acceptation a été notifiée, toute sa perfection et, partant, tous les effets dont elle est susceptible.

Si on la tient pour parfaite par le fait seul de l'acceptation, il suffit évidemment que les parties soient capables au moment où ce fait se produit. Si, au contraire, on décide qu'elle est imparfaite

(1) MM. Dur., t. VIII, n° 223 ; Dem., t. IV, n° 26 *bis*, I ; Marc., art. 906.
(2) MM. Aubry et Rau, t. V, p. 429 et 430 ; Demol., t. I, n° 579.
(3) MM. Toullier, t. III, n°s 96 et 213 ; Dur., t. VIII, n° 418 ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 451 ; Demol., t. I, n° 700.

et inachevée tant que l'acceptation n'a pas été notifiée, il est non moins évident qu'elles doivent l'être au moment de la notification.

Trois solutions ont été proposées.

589. — Suivant Demante (t. IV, n° 71 *bis*, VIII), la donation est *parfaite dès qu'elle a été acceptée*. Dès ce moment, dit-il, le concours des volontés a eu lieu, et cela suffit à la perfection du contrat (art. 938). Il est vrai que, si le donateur dispose des biens compris dans la donation avant que l'acceptation lui ait été notifiée, le donataire est obligé de respecter les droits conférés à des tiers (art. 932, 2e alinéa) ; mais, s'il en est ainsi, c'est uniquement afin que le donateur ne soit point soumis à des recours de la part des tiers évincés : la loi n'a point voulu qu'il fût victime de l'erreur dans laquelle on l'a laissé.

Dans ce système, il suffit que le donateur et le donataire soient capables au moment de l'acceptation : l'incapacité dont ils seraient frappés postérieurement à cette époque ne ferait point obstacle à l'efficacité de la notification.

589 *bis*. — D'après M. Duranton (t. VIII, n° 6), la donation n'est, au contraire, parfaite que par la notification de l'acceptation. Le contrat de donation n'est point, dit-il, de ceux qui se forment *solo consensu* : c'est un contrat *solennel*, et, par conséquent, il n'y a point donation tant que les formalités auxquelles la loi a subordonné son existence n'ont pas été remplies (voy. les nos 653 et 1035). Or, l'acceptation faite hors la présence du donateur est soumise à la solennité de la notification (art. 932).

L'acceptation est donc *légalement inexistante* tant qu'elle n'a pas été notifiée. Jusque-là, par conséquent, la donation *n'a aucun effet*. L'art. 932 est très-formel sur ce point. Sa disposition n'a, il est vrai, textuellement trait qu'au *donateur* : « La donation, y est-il dit, pourra être acceptée par un acte postérieur à l'offre ; mais alors elle n'aura d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour où l'acceptation lui aura été notifiée. » Si ces expressions *à l'égard du donateur* avaient le sens restrictif qu'elles paraissent avoir, on serait amené à en conclure qu'*au regard du donataire* l'acceptation suffit pour former et parfaire la donation. Mais cette distinction est impossible. La nature même des choses y répugne : car il est manifeste que, si la donation n'a aucune existence au regard du *donateur*, il ne se peut pas qu'elle existe quant au donataire. Comment, en effet, la propriété des biens donnés pourrait-elle passer dans les mains du donataire alors que le donateur l'a encore dans les siennes? Dans une donation tout se tient : l'*aliénation* des biens implique leur *acquisition*, et réciproquement. Quand donc l'un de ces effets est impossible, l'autre l'est forcément aussi. Dans l'espèce, le donateur conserve tous ses droits : partant, le donataire n'en acquiert aucun. Qu'en conclure, si ce n'est qu'aux termes de l'art. 932, sainement entendu, tant que l'acceptation n'est point notifiée, la donation n'a aucun effet, soit au regard du donataire, soit au regard du donateur?

Dans ce système, il ne suffit point qu'ils soient capables au moment de l'acceptation; ils doivent l'être, en outre, lors de la notification.

589 *ter*. — Entre les systèmes absolus qui viennent d'être indiqués, se place un système intermédiaire auquel je crois devoir me rallier. La distinction que repousse M. Duranton est assurément fort singulière; mais, quelle qu'elle soit, nous ne pouvons point l'écarter. D'une part, en effet, l'art. 932 la consacre en des termes trop nettement clairs pour qu'il nous soit permis de la négliger; d'autre part, cette disposition acquiert, par l'historique de sa rédaction, une signification *intentionnelle* qu'on ne saurait méconnaître sans nier l'évidence même.

Mettons ce point en lumière.

Selon le projet de la Commission du Gouvernement, la donation était parfaite par l'acceptation : il n'était point question de notification. — Le Tribunat critiqua cette disposition. « Lors, dit-il, que l'acceptation a lieu hors de la présence du donateur, il n'est pas juste qu'elle le lie et l'oblige dès qu'elle existe. Supposons, en effet, qu'il l'ignore : il se croira libre encore de disposer des biens qu'il a offerts. Or, s'il use du droit dont il se croira investi, qu'arrivera-t-il dans le système du projet? Les actes qu'il aura passés avec des tiers seront nuls: d'où contre lui des recours en dommages et intérêts. Toute justice serait, par conséquent, violée à son égard. »

Cette observation ayant paru juste, on admit que la donation n'aurait d'effet que du jour où l'acceptation aurait été notifiée au donateur. Le motif de cette innovation laisse assez voir qu'elle fut introduite dans l'intérêt tout particulier *du donateur*. Ce qui est plus décisif, c'est que le Conseil d'État, qui l'entendait ainsi, voulut que cela fût formellement exprimé dans la loi. De là cette dernière et définitive rédaction : « La donation n'aura d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour où l'acceptation lui aura été notifiée » (voy. Fenet, t. XII, p. 353, 450 et 479).

Ainsi le doute n'est plus possible. C'est à dessein que les expressions limitatives : *à l'égard du donateur*, ont été insérées dans la loi. Comment dès lors n'en point tenir compte?

Or, puisqu'elles nous obligent, nous voilà forcé de reconnaître :

D'une part, qu'au regard *du donateur* la donation n'est parfaite que par la notification qui lui est faite de l'acceptation, et qu'ainsi, sur ce chef, la doctrine de M. Duranton est la bonne. J'en conclus : 1° que, même après l'acceptation faite, et tant qu'elle ne lui a pas été notifiée, le donateur peut révoquer son offre, soit par un acte exprès, soit même tacitement, en disposant des biens qu'elle comprend; 2° que, s'il meurt ou s'il devient incapable après l'acceptation, mais avant la notification, cette notification est impossible, et la donation ne peut point se former.

D'autre part, à l'inverse, qu'en ce qui concerne le *donataire*, la donation est parfaite dès qu'elle est acceptée, et qu'ainsi, à ce point

de vue, c'est le système de Demante qui doit être suivi. Concluons-en que, si le donataire meurt ou s'il devient incapable après avoir accepté, la notification de son acceptation pourra être valablement faite, dans le premier cas, par ses héritiers, et, dans le second, par ses représentants légaux (1).

En résumé, à quels moments le donataire doit-il être capable? *Quid*, quant au donateur?

589 *quater*. — Je me résume. Le *donataire* doit être capable à deux moments, celui de l'offre et celui de l'acceptation; il n'est pas nécessaire qu'il le soit au moment de la notification. Le *donateur* doit l'être à trois époques : celles de l'offre, de l'acceptation et de la notification.

La règle, *media tempora non nocent*, s'applique-t-elle aux donations?

589 *quinquies*. — Selon notre ancien droit, la règle *media tempora non nocent* ne régissait point les *donations* (Pothier, *sur la Coutume d'Orléans*, no 41). Cela me suffit pour décider qu'elle est particulière aux *testaments*, et qu'ainsi elle ne gouverne point notre matière (voy. le no 575).

Les parties doivent, par conséquent, être capables durant tout l'intervalle qui sépare les époques auxquelles leur capacité est nécessaire (2).

CHAPITRE III. — DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE ET DE LA RÉDUCTION.

SECTION I. — DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE.

11e *Répétition*.

Art. 913.

§ I. — *Quels sont les actes qui peuvent être critiqués par les héritiers lorsque le* de cujus *les a faits en état de capacité.*

Quels sont les actes qui peuvent être critiqués par les héritiers lorsque le *de cujus* les a faits en état de capacité?

590. — La personne qui a des *descendants* ou des *ascendants* n'a pas la plénitude du droit de disposer de ses biens *à titre gratuit* : ses descendants, et, à leur défaut, ses ascendants, peuvent critiquer les libéralités qu'elle a faites même en état de capacité, et les faire réduire, lorsqu'elles sont exagérées. Ce droit, dont la loi les investit, s'appelle *droit de réserve*, ou simplement *réserve*.

Toute personne ayant la jouissance et l'exercice de ses droits civils peut, au contraire, disposer *à titre onéreux* comme elle l'entend; aucun de ses héritiers n'a qualité pour demander la réduction des avantages que les tiers ont retirés des contrats à titre onéreux qu'ils ont faits avec elle (3).

§ II. — *Des héritiers qui ont droit à une* RÉSERVE.

Quels sont les héritiers qui ont droit à une réserve?

591. — La loi n'accorde ce droit qu'aux descendants et aux

(1) MM. Aubry et Rau, sur Zach., t. V, p. 451 à 453; Demol., t. III, nos 138 et suiv.

(2) M. Demol., t. I, no 701, et t. III, no 129. — *Contrà*, Dem., t. IV, no 17 *bis*, VII.

(3) Voy. cependant deux exceptions à cette règle, la première, dans l'article 918, la seconde, dans les art. 1496 et 1527.

ascendants du défunt. Les collatéraux doivent respecter toutes les libéralités qu'il a faites en état de capacité; ils les subissent, lors même qu'elles absorbent toute sa fortune.

Ainsi, les frères et sœurs sont, quant à la réserve, moins bien traités que les père et mère avec lesquels ils concourent, moins bien traités même que les ascendants autres que père et mère, que pourtant ils excluent dans la succession *ab intestat* (art. 916) (1).

§ III. — *Des motifs sur lesquels est fondée la réserve.*

Sur quels motifs est fondée la réserve?

592. — La loi laisse au père de famille le droit de disposer de ses biens dans une certaine limite, afin qu'il puisse retenir ses enfants dans le devoir, soit par l'espoir d'obtenir des libéralités préciputaires, soit par la crainte de voir une partie du patrimoine sur lequel ils comptent passer en des mains étrangères. Mais elle ne lui permet point de les dépouiller entièrement. Elle veut qu'il continue après sa mort les obligations que lui imposait sa paternité. Ce n'est pas assez de nourrir nos enfants, de les aider et secourir pendant notre vie ; il faut encore leur fournir le moyen de conserver l'existence que nous leur avons donnée, assurer leur avenir en leur laissant une portion de nos biens.

La reconnaissance impose la même obligation aux enfants en faveur de ceux auxquels ils doivent le bienfait de la vie. Le fils qui ne se préoccupe point du bonheur de ses ascendants, qui oublie de leur arranger une vieillesse tranquille, est tout aussi coupable que celui qui, pendant sa vie, leur refuse des aliments. Cet oubli était trop directement contraire à l'équité naturelle pour mériter la sanction de la loi.

On voit donc que la *réserve* est comme une sanction de la dette d'aliments dont les parents en ligne directe sont tenus les uns envers les autres (art. 203 et 205) (2).

Pourquoi les collatéraux n'y ont-ils pas droit?

La même dette n'existe pas entre collatéraux. La loi n'a pas pensé que le lien de parenté qui les unit fût assez fort pour leur imposer l'obligation réciproque d'employer au secours les uns des autres une portion de leurs biens. De là, pour chacun d'eux, la faculté de réglementer sa succession comme il l'entend.

§ IV. — *Définition de la réserve.*

Quel est le corrélatif de la réserve?

593. — La *quotité disponible* a pour corrélatif la *réserve*, c'est-

(1) L'art. 916, qui refuse une réserve aux frères et sœurs et à leurs descendants, fut vivement attaqué lors de la discussion, et aujourd'hui encore il est l'objet de critiques fort graves. Voy. M. Vernet, *Traité de la quotité disponible*, p. 349-352.

(2) Il ne faut pas pourtant exagérer cette idée : car, poussée à l'absolu, elle nous conduirait à cette conséquence inadmissible, que toute personne qui a droit à des aliments a droit à une réserv .

à-dire la quotité *non disponible*. Il y a là deux idées tellement inséparables qu'on ne peut pas connaître l'une sans nécessairement connaître l'autre. Ainsi, lorsque je sais qu'une personne ne peut disposer que de la *moitié*, du *tiers* ou du *quart* de son patrimoine, je sais par là même que la *réserve* est de la *moitié*, des *deux tiers* ou des *trois quarts* de ses biens.

Le Code donne-t-il le tarif de la réserve ou de la quotité disponible?

Le Code donne, non pas le tarif de la *réserve*, mais celui de la *quotité disponible;* ce n'est qu'indirectement et par voie de conséquence, c'est-à-dire en limitant la quotité disponible, qu'il fixe et détermine la quotité réservée. La réserve est donc tout ce qui excède la portion de biens dont il est permis de disposer par donation ou legs, en d'autres termes, la portion de biens que nous devons laisser dans notre succession *ab intestat* (1). On peut la définir : *une portion de la succession* AB INTESTAT *que la loi assure à certains héritiers contre les libéralités du défunt.*

Qu'est-ce que la réserve?

§ V. — *De la réserve des descendants.*

Art. 913.

Quel est le tarif de la quotité disponible et, par suite, de la réserve?

594. — I. *Du tarif de la quotité disponible, et, par suite, de la réserve.* — Le tarif varie suivant le nombre des enfants qu'a laissés le *de cujus*. Laisse-t-il *un enfant :* il n'a pu disposer que de *la moitié* de ses biens, la réserve comprend l'autre moitié. En laisse-t-il *deux* : il n'a pu disposer que d'*un tiers*, la réserve est des deux tiers. En laisse-t-il *trois ou un plus grand nombre :* il n'a pu disposer que d'*un quart*, les trois autres quarts forment la réserve.

Art. 914.

« Les petits-enfants ne comptent que pour l'enfant qu'ils *représentent* dans la succession du disposant. » — Ces mots *: qu'ils représentent*, ont donné lieu à une difficulté.

Quid, si le défunt a des petits-enfants? Faut-il distinguer s'ils succèdent *par représentation* ou *de leur chef?*

Primus laisse un fils vivant et trois enfants d'un fils prédécédé : la réserve est des deux tiers. Les trois petits-fils ne comptent que pour une tête, celle de leur père, qu'ils représentent : le calcul se fait comme il se ferait si le *de cujus* avait réellement laissé deux fils vivants. Dans cette hypothèse, notre règle reçoit à la lettre son application.

Primus laisse *un* fils vivant, qui a *trois* enfants. Le fils renonce. Ses trois enfants succèdent, non *par représentation* de leur père, car on ne représente pas les personnes vivantes, mais *de leur chef*. Compteront-ils *pour trois* ou *pour un?* Le texte de l'art. 914 paraît favorable à la première opinion : car il semble dire que, si les descendants ne comptent que pour leur père, c'est seulement au cas où ils *le représentent*, et, dans l'espèce, ils succèdent *de leur chef*. Mais, évidemment, les mots : *qu'ils représentent*, ne sont pas ici employés dans leur sens juridique, tel qu'il est déterminé par le Code, dans l'art. 739 : car, en les prenant selon leur sens légal, on arriverait à l'absurde, puisque, pour être conséquent, il faudrait aller jus-

(1) MM. Dem., t. IV, n° 42; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 273; Val.; Vernet, p. 338; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 544; Demol., t. II, n^{os} 41 et s.

qu'à dire, ce qui est inadmissible, que les petits-enfants n'ont pas droit à la réserve lorsqu'au lieu de venir *par représentation* de leur père, ils succèdent *de leur chef*.

Dans le langage pratique, les enfants sont les *représentants* de leur père lorsqu'ils succèdent *à sa place*, soit qu'ils succèdent de leur chef, soit qu'ils empruntent son degré pour succéder à sa place. C'est dans ce sens large que la loi s'est servie du verbe *représenter*. Sa pensée est celle-ci : « Les petits-enfants ne comptent que pour l'enfant dont *ils sont issus*. » S'il en était autrement, la fraude serait trop facile : le fils ne manquerait pas, en effet, de renoncer, afin de grossir indirectement la réserve, en appelant à la succession un plus grand nombre d'héritiers (1).

Faut-il, pour déterminer le tarif de la réserve, compter les enfants *légitimés* et les enfants *adoptifs* ?

595. — II. *Quels enfants ont droit à la réserve, et, par conséquent, quels enfants doivent être comptés pour en déterminer le tarif.* — L'art. 913 ne parle que des enfants *légitimes;* mais, évidemment, il faut étendre sa disposition aux enfants *légitimés* et aux enfants *adoptifs :* ces enfants, en effet, acquièrent, les premiers, par le bienfait de la légitimation, les seconds, par le bienfait de l'adoption, les mêmes droits que ceux qui sont attribués aux enfants légitimes (art. 333 et 350).

Les enfants naturels reconnus ont-ils droit à une réserve? Quel en est le tarif?

La loi accorde à l'enfant *naturel reconnu* une *fraction* des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime, le tiers quand il concourt avec des enfants légitimes, la moitié lorsqu'il concourt avec des frères ou sœurs ou avec des ascendants, les trois quarts s'il concourt avec de simples collatéraux. Il a *tous* les droits qu'il aurait eus comme enfant légitime, lorsque le *de cujus* n'a laissé aucun parent au degré successible (art. 757 et 758). Or, s'il eût été légitime, il aurait pu critiquer et faire réduire les libéralités du *de cujus;* il aurait eu droit à une réserve : donc, comme enfant naturel, il doit avoir une fraction, c'est-à-dire le tiers, la moitié ou les trois quarts de ce droit, et même ce droit tout entier si le *de cujus* n'a laissé aucun parent au degré successible. Si la loi exige que le père qui désire écarter de sa succession son enfant naturel, lui donne au moins la moitié de sa portion *ab intestat* (art. 761), n'est-ce pas parce que, dans sa pensée, le père n'a pas le droit de dépouiller complétement son enfant?

On a fait contre ce système une objection : « L'art. 913, a-t-on dit, ne parle que des enfants *légitimes :* l'enfant *naturel* ne peut donc pas l'invoquer pour justifier sa prétention à la réserve. Il est vrai que l'art. 757 lui accorde une fraction des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime; mais sur quels biens ce droit lui est-il accordé? sur les biens de son père ou de sa mère *décédés*, c'est-à-dire évidemment sur ceux que le *de cujus* a laissés dans sa succession ! Il n'a donc aucun droit et, par suite, aucune réserve sur ceux dont le *de cujus* a disposé par donation ou par testament. »

(1) MM. Bdg., *sur Poth.*, t. I, p. 213; Dem., t. IV, n° 46 *bis*, I; Vernet, p. 874-877; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 552, note 1; Marc., sur l'art. 913; Duv.; Demol., t. II, n° 77.

Je réponds que la loi n'attache pas au mot *décédés*, qu'elle emploie, le sens restreint qu'on lui donne. Ce qui le prouve, c'est que, si on le prenait à la lettre, on serait conduit à des conséquences qui, de l'aveu de tous, sont inadmissibles. Ainsi, on serait amené à dire, ce qui serait tout à fait absurde, que l'enfant naturel n'a pas le droit de réclamer des aliments à son père ou à sa mère *vivants* (voy., à ce sujet, le no 140) (1)!

Les enfants légitimés, les enfants adoptifs et les enfants naturels reconnus, peuvent-ils exercer leur réserve sur les biens que le *de cujus* avait déjà donnés quand il a légitimé, adopté ou reconnu ces enfants?

596. — Les enfants légitimes ont le droit d'exercer leur réserve, non-seulement sur les biens dont leur père a disposé *depuis leur conception*, mais encore sur ceux dont il s'est dépouillé antérieurement à cette époque. J'en conclus que les enfants légitimés, les enfants adoptifs et les enfants naturels reconnus, peuvent également exercer la leur, non-seulement sur les biens dont le *de cujus* a disposé postérieurement à la légitimation, à l'adoption ou à la reconnaissance, mais encore sur ceux dont il s'est *antérieurement* dépouillé. La légitimation, l'adoption ou la reconnaissance, est pour eux ce qu'est pour l'enfant légitime sa conception. En d'autres termes, toute donation renferme cette condition, qu'elle n'entamera pas la réserve des enfants, *quels qu'ils soient*, que le donateur laissera au jour de son décès (2).

A quel titre les enfants qu'a laissés le défunt ont-ils droit à la réserve?

597. — III. *A quel titre les enfants légitimes, légitimés, adoptifs ou naturels, laissés par le défunt, ont droit à la réserve; — des enfants renonçants ou indignes.* — J'ai défini la réserve : une portion de la succession *ab intestat*, que la loi assure et protége contre les libéralités du défunt. Si la réserve est une partie de la succession *ab intestat*, il faut dire : 1° que ceux-là seulement y ont droit qui sont *héritiers*; 2° que ceux qui cessent de l'être cessent, par là même, d'être réservataires : *non legitimam habet, nisi qui heres sit.* Etablissons ce principe.

1° La loi ne fixe pas directement la réserve; elle ne la fait connaître qu'indirectement, *en limitant la quotité disponible* : donc le patrimoine du défunt demeure, moins la portion dont il a pu légitimement disposer, dans sa succession *ab intestat* (art. 913 et 915) : donc il faut être *héritier* pour y avoir droit.

2° Dans la plupart des dispositions de la loi, la réserve est présentée comme un *droit héréditaire*, auquel on est appelé en qualité d'*héritier*. C'est ainsi que, dans les art. 915, 917, 921, 924, 930, 1004, 1006, 1009, 1011, 1049, elle parle des *héritiers* au profit desquels elle établit la *réserve*..., de la portion qui appartient à un successible, *comme héritier*, dans les biens *non disponibles*..., des biens qui ne sont pas *réservés* par la loi dans la *succession*.

3° Aux termes de l'art. 915, les biens réservés au profit des ascendants sont par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle

(1) MM. Dur., t. VI, n° 509; Val.; Vernet, p. 358, 508 et suiv.; Duv.; Dem., t. IV, n° 47 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 587 et suiv.; Marc., sur l'art. 913; Demol., t. II, nos 149 et s.

(2) MM. Val.; Vernet, p. 352 et 515; Duv.; Marc., sur l'art. 913; Demol., t. II, nos 80 à 82.

à succéder. Qu'est ce à dire si ce n'est que les ascendants ne sont réservataires qu'autant qu'ils *succèdent?*

— Plusieurs objections ont été faites. Examinons-les.

1° L'art. 913 ne parle que des *enfants* qu'a *laissés* le *de cujus;* il ne distingue pas entre ceux qui sont *héritiers* et ceux qui ne le sont pas : donc il suffit d'être *enfant* du *de cujus* pour avoir droit à la réserve.

La réponse est facile. En matière de succession, les mots *laisser des enfants* sont, dans la langue juridique, synonymes de ceux-ci : *laisser des enfants qui succèdent, qui sont héritiers*. Ainsi, lorsque, dans l'art. 757, la loi suppose que le DE CUJUS *a laissé des enfants légitimes*, elle entend évidemment, tout le monde est d'accord sur ce point, qu'il a laissé des enfants *capables de succéder*, qui sont *ses héritiers* (voy. aussi les art. 746, 748, 749, 750, 758 et 914; l'art. 922 lève d'ailleurs toute espèce de doute).

2° Si la réserve est une portion de la succession *ab intestat*, s'il faut être *héritier* pour y avoir droit, le réservataire sera obligé de payer les dettes du défunt sur les biens qu'il obtient en sa qualité de réservataire : la réserve profitera donc avant tout aux créanciers du *de cujus;* or, ce résultat est inadmissible, puisqu'aux termes de l'art. 921 les créanciers ne peuvent point en profiter.

L'objection est peu pressante. Il est bien vrai que, si le réservataire accepte purement et simplement la succession *ab intestat*, la réserve pourra lui être enlevée par les créanciers héréditaires; mais il en est autrement dans le cas où il accepte sous bénéfice d'inventaire : alors, en effet, il n'est tenu de les payer que sur les biens *que le défunt a laissés dans sa succession*. Sans doute le défunt est réputé avoir laissé dans sa succession les biens que ses héritiers recouvrent en vertu de leur droit à la réserve; mais, si les choses se passent ainsi, c'est *uniquement au regard et dans l'intérêt particulier de ses héritiers*. L'art. 857 nous fournit à cet égard une analogie qui est décisive. Nous avons vu, sous cet article, 1° que, pour avoir droit au rapport, il faut être *héritier;* 2° que les créanciers du défunt n'ont pas droit d'être payés sur les biens *rapportés*, quand l'héritier qui les obtient accepte la succession sous bénéfice d'inventaire (voy. les n°s 407 et s.). Dès lors, qui n'aperçoit que, si l'argument qu'on tire, contre la réserve, de l'art. 921, était fondé, l'art. 857 en fournirait un semblable contre le rapport? On dirait : « Il suffit d'être le *parent* du *de cujus* pour avoir droit au rapport : car, s'il fallait être *héritier* pour y prétendre, le rapport profiterait alors aux créanciers du défunt, ce que la loi défend. » Cet argument et la conclusion à laquelle il conduit ne sont admis par personne en matière de *rapport;* quelle raison y a-t-il donc de les admettre en matière de *réserve?* Les deux théories sont semblables!

Que résulte-t-il du principe qu'il faut être *héritier* pour avoir droit à la réserve?

398. — Du principe qu'il faut être *héritier* pour avoir droit à la réserve, il résulte qu'elle n'est due ni à ceux qui, pour cause d'incapacité, ne succèdent pas, ni à ceux qui, après avoir succédé, sont,

comme indignes, exclus de la succession, ou qui y renoncent.

L'enfant renonçant peut-il retenir, par *voie d'exception*, sa réserve, lorsqu'il en est déjà nanti en qualité de donataire ou de légataire ?

599. — Ainsi, l'héritier renonçant n'a point qualité pour réclamer *par voie d'action*, c'est-à-dire en agissant en réduction contre les donataires ou les légataires du défunt, la réserve à laquelle il aurait droit s'il était héritier. Mais, s'il est lui-même donataire ou légataire, sans clause de préciput, ne peut-il point retenir, *par voie d'exception*, sa réserve sur les biens dont le défunt l'a gratifié ?

En d'autres termes, l'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir aux biens que le défunt lui a donnés ou légués sans dispense de rapport, peut-il les retenir jusqu'à concurrence tout à la fois de la quotité disponible et de sa part dans la réserve, ou ne le peut-il que dans la limite du disponible ?

Deux systèmes principaux sont en présence.

Premier système. — *L'enfant renonçant peut retenir tout à la fois la quotité disponible et sa part dans la réserve.* — Qu'il puisse retenir le disponible ordinaire, cela n'est point douteux. Quant à sa part dans la réserve, il ne pourrait point sans doute la réclamer par voie d'action, n'étant point *héritier ;* mais, pour la *retenir* par voie d'exception, sa qualité d'*enfant* donataire ou légataire suffit. Il en est légitimement nanti, puisque le défunt en a disposé à son profit.

Vainement dira-t-on que la *réserve* est *indisponible !* Cette indisponibilité n'existe qu'à l'encontre des donataires ou des légataires étrangers. La réserve, étant établie en faveur des réservataires, ne peut jamais être invoquée contre eux : partant, ce qui est *disponible*, quand le défunt leur a donné ou légué ses biens, c'est son patrimoine entier. L'art. 913, où la loi a limité le droit de disposer, n'a trait qu'aux libéralités faites à des étrangers (voy., à ce sujet, le n° 545).

Ainsi, et pour conclure, il est bien vrai que l'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir aux biens dont le défunt l'a gratifié ne les peut retenir que *jusqu'à concurrence du disponible* (art. 845); mais, en ce qui le concerne, le disponible comprend tout à la fois le disponible ordinaire et sa part dans la réserve (1).

Deuxième système. — *L'enfant renonçant ne peut retenir que la quotité disponible ordinaire. Partant, le don qu'il a reçu du* de cujus *n'est imputable que sur cette quotité.* — J'ai toujours pensé que cette solution est la bonne (voy. les nos 373 et 374).

Le système d'après lequel l'enfant peut *cumuler* la quotité disponible et sa part dans la réserve prend son principal appui dans l'art. 913, où la loi limite le droit de disposer : « L'art. 913, dit-on dans ce système, n'a trait qu'aux libéralités faites *à des étrangers :*

(1) MM. Labbé, *Rev. prat.*, t. V, p. 193 et s.; p. 305 et s.; p. 353 et s.; — Gabriel Demante, *Rev. crit.*, t. II, p. 81, 148 et 74[illegible]; — Bressoles, *Rev. crit.*, t. XVII, p. 549 et s.; — Ragon, *Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles*; *Rev. prat.*, t. XV, p. 286 et s. — Voy. aussi MM. Dufour, *Rev. étrang.*, 1836, p. 491 ; Troplong, t. II, nos 786-793.

donc il y a deux quotités disponibles, l'une pour les étrangers, laquelle comprend le patrimoine du disposant, moins la réserve de ses enfants, l'autre pour les enfants, laquelle comprend et la quotité disponible ordinaire et la part de réserve de l'enfant donataire ou légataire. »

Or, tout cela est arbitraire. Il n'y a point deux quotités disponibles, il n'y en a qu'une. Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer les termes de l'art. 913. Que le disposant adresse ses libéralités à un étranger ou qu'il les adresse à l'un de ses enfants, la quotité dont il a pu disposer est toujours la même : la loi, en effet, ne distingue pas !

Cette donnée écartée, le système du cumul n'a plus de base. A quel titre, en effet, l'enfant qui renonce pourrait-il, sur les biens dont l'a gratifié le défunt, retenir une *réserve ?* Comme *héritier ?* il ne l'a jamais été (art. 785) ! Comme *donataire* ou *légataire ?* le défunt n'a pu lui donner ou léguer que la quotité disponible telle qu'elle est réglée par l'art. 913 !

Les faits sont bien simples ; plus simples encore sont les principes que la loi leur applique. L'enfant auquel le défunt a fait des libéralités non préciputaires réunit en lui, quand s'ouvre la succession, deux qualités, celle d'*héritier* et celle de *donataire* ou de *légataire*. Ces qualités étant *incompatibles*, il faut qu'il opte entre elles (voy. le n° 368). S'il répudie la succession, — et c'est précisément notre hypothèse, — il perd rétroactivement la qualité d'*héritier* et, par suite, rétroactivement aussi, son droit à la réserve. Sa condition est celle d'un donataire ou d'un légataire *étranger*. Les dons qu'il a reçus ne peuvent dès lors valoir que *sur la quotité disponible* et dans la limite seulement de cette quotité (art. 845) (1).

L'enfant renonçan fait-il nombre pour l calcul de la réserve

600. — L'enfant qui renonce, nous venons de le montrer, cesse d'être *réservataire* en même temps qu'il cesse d'être *héritier*. Néanmoins, ne faut-il pas le compter pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve ? — Qui profitera de la part de réserve à laquelle il aurait eu droit s'il était resté héritier ? Sont-ce les autres réservataires seulement, ou en même temps les donataires et légataires ?

Voyons les deux systèmes auxquels ce point de droit a donné lieu.

(1) MM. Toullier, t. III, n° 110 ; Dur., t. VII, n°s 251-259, et t. VIII, n°s 298-299 ; Bug., *sur Poth.*, t. VII, n°s 251 et s.; Val., *le Droit* des 17 déc. 1845 et 6 sept. 1864 ; Marc., art. 845 ; Vernet, p. 381 et s.; *Revue prat.*, t. XIV, p. 553 ; t. XV, p. 381 ; t. XVII, p. 30 et s.; Machelard, *Rev. histor.*, année 1862, p. 682 et s.; année 1863, p. 245 et s.; Demol., t. II, n° 50. Joignez les nombreuses autorités citées par cet auteur. Voy. enfin un arrêt solennel de la Cour de cassation (27 nov. 1863).

On soutient, dans un troisième système, qu'en l'espèce l'enfant peut retenir sa réserve, tout d'abord, et la quotité disponible, subsidiairement, mais sans que sa retenue puisse jamais dépasser la quotité disponible (MM. Dem., t. IV, n°s 42 *bis*, V, et s ; Aubry et Rau, sur Zach., t. V, p. 573-575 ; Aubry, *Rev. prat.*, t. III, p. 481 et s.).

PREMIER SYSTÈME. — *L'enfant renonçant fait nombre pour la détermination du* quantum *de la réserve. La part à laquelle, s'il était resté héritier, il aurait eu droit dans ce* quantum *profite aux réservataires acceptants, à eux seuls.* La loi fixe elle-même le *quantum* de la réserve ; elle le fixe dès le jour même de l'ouverture de la succession et eu égard au nombre *des enfants qu'a laissés le défunt* (art. 913). Tous comptent, parce que, à ce moment, ils sont tous *héritiers.*

Une fois fixée, la réserve est *invariable* : aucun événement postérieur n'en peut modifier le chiffre. Qu'importe, en effet, que tel ou tel enfant renonce? Sa renonciation ne peut rien changer à ce qui a été légalement réglé; elle n'y peut rien changer, puisque, aux termes de l'art. 786, la part que l'enfant renonçant ne prend point accroît aux autres enfants.

Pour tout dire en un mot, la réserve, étant une fraction de la succession *ab intestat*, est soumise aux mêmes principes que la succession tout entière ; d'après l'art. 786, la part du renonçant dans la succession totale accroît à ses cohéritiers : donc il doit en être de même de sa part dans la réserve (1).

601. — DEUXIÈME SYSTÈME. — *L'enfant qui renonce ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve. La part de réserve à laquelle il aurait eu droit, s'il était resté héritier, profite tantôt aux autres réservataires seulement, tantôt aux donataires ou légataires, en même temps qu'aux autres réservataires.* — Le système dans lequel on compte le renonçant est entaché de vices essentiels, que nous devons tout d'abord mettre en lumière.

1° *Il manque de logique.* — Nous avons vu, en effet, que l'enfant qui renonce cesse d'être *réservataire* en même temps qu'il cesse d'être *héritier* (voy. le n° 599, 2e système). Or, si on le considère *comme n'existant pas*, à l'effet de le priver de la réserve, comment et de quel droit peut-on le considérer *comme existant*, à l'effet d'en déterminer le chiffre ? La contradiction est manifeste.

2° *Il conduit à des conséquences qui, de l'aveu même de ses partisans, sont inadmissibles.* — S'il est vrai que la loi fixe le chiffre de la réserve dès le décès du disposant, eu égard à la composition de sa famille à ce moment, et sans tenir compte des événements qui pourront plus tard survenir; si, en un mot, une fois fixée, la réserve est *invariable;* si, *quoi qu'il arrive*, elle doit rester la même, où ne sera-t-on pas conduit? On devra dire que, dans le cas où *tous* les enfants renoncent, la réserve à laquelle ils auraient eu droit, à les supposer tous acceptants, passera, par droit de dévolution, aux ascendants du défunt et même à ses collatéraux ! Or, je le demande, quelqu'un ira-t-il jusque-là?

3° *Il est, par un certain côté, absurde et immoral.* — En effet, si, quoique n'y devant prendre aucune part, l'enfant qui renonce

(1) MM. Dur., t. VIII, nos 298 et s.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 553. — Joignez les autorités que citent ces auteurs.

doit compter pour le calcul de la réserve, qu'arrivera-t-il au cas où le renonçant aura reçu des libéralités du défunt? Il fera nombre *contre* lui-même! Ainsi, qu'on suppose un autre enfant acceptant : le renonçant ne retiendra que jusqu'à concurrence d'*un tiers* de la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible (art. 913 et 922) la libéralité dont le défunt l'a gratifié, tandis qu'il la retiendrait jusqu'à concurrence de *la moitié* de cette même masse, s'il était *étranger* au défunt. Ce résultat n'est point seulement *absurde;* il est, en outre, *immoral*, puisqu'il crée pour le renonçant *un intérêt à contester sa filiation.*

601 *bis.* — Laissons ces inconséquences, et fondons par des arguments directs le système que nous croyons le bon.

Aux termes de l'art. 785, l'héritier renonçant est réputé n'avoir *jamais été héritier*. Dire qu'il est réputé ne l'avoir *jamais été*, c'est nous faire comprendre qu'il est à considérer, quant à la succession, *comme s'il n'existait pas au moment où la succession s'est ouverte*. Si réellement il était déjà décédé quand la succession s'est ouverte, le compterait-on pour le calcul de la réserve? On ne le compterait pas! Or, la fiction doit avoir, dans le système de la loi qui l'établit, le même effet que la réalité. Autrement, elle serait destituée de toute espèce de sens.

Vainement nous oppose-t-on que l'art. 913, d'après lequel la réserve se calcule eu égard au nombre des *enfants qu'a laissés le défunt, au moment de son décès*, n'exige pas, pour que ces enfants fassent nombre, qu'ils acceptent tous. Nous avons montré ailleurs qu'en matière de succession *laisser des enfants à son décès*, c'est laisser des enfants *qui succèdent*, qui sont et demeurent *héritiers* (voy., ci-dessus, le n° 597). L'art. 922 tranche d'ailleurs très-formellement la question, lorsqu'il nous dit que « la quotité disponible se calcule eu égard à la qualité des *héritiers qu'a laissés le défunt.* » (Voy. aussi l'art. 1006.)

Ce n'est pas tout : les partisans du premier système concèdent que, au cas où les enfants qu'a laissés le défunt renoncent *tous*, il n'y a point à s'occuper d'eux (voy. le n° 601 2°). Or, faire cet aveu, c'est reconnaître que l'art. 913 qu'ils invoquent n'a point le sens qu'ils y attachent. — J'insiste sur cette concession, car elle est vraiment décisive. Si, en effet, il est vrai qu'il n'y a point à s'occuper des enfants qu'a laissés le défunt, quand ils renoncent *tous*, il est manifeste alors que si, parmi eux, quelques-uns seulement acceptent, les renonçants ne doivent point compter. Les deux cas sont absolument semblables!

Quant à l'art. 786, il nous sera facile de montrer qu'il n'a rien d'incompatible avec notre interprétation. Et d'abord il est bien évident qu'il s'explique par l'art. 785, dont il n'est qu'un corollaire. Dès lors, le principe qu'il consacre se peut ainsi traduire : L'héritier qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier; *partant, la succession doit être réglée comme elle le serait s'il était réelle-*

ment mort avant le DE CUJUS (1). D'où nous avons déduit cette règle générale : l'héritier qui renonce ne faisant plus obstacle à personne, *sa renonciation profite à tous ceux auxquels son acceptation aurait fait préjudice.*

Ainsi, supposons un renonçant sur *quatre* enfants laissés par le défunt : la quotité disponible et la réserve seront ce qu'elles seraient *à supposer le renonçant mort avant le* DE CUJUS. Donc, un quart pour le disponible, trois quarts pour la réserve. — En ce cas, la renonciation profitera aux réservataires acceptants, puisque, au lieu de partager par *quarts* le montant des biens réservés, ils le partageront par *tiers*. Elle ne profite qu'à eux, parce qu'ils eussent seuls souffert du concours du renonçant, s'il fût resté héritier : sa présence et son acceptation n'auraient, en effet, causé aucun préjudice aux donataires et légataires, puisque la quotité disponible est aussi forte avec *quatre* qu'avec *trois* enfants (art. 913).

Changeons les faits, supposons un renonçant sur *trois* enfants laissés par le défunt : la quotité disponible et la réserve seront ce qu'elles seraient, *à supposer le renonçant mort avant le* DE CUJUS : donc, un tiers pour le disponible, deux tiers pour la réserve. — En ce cas, la renonciation profite tout à la fois aux réservataires acceptants et aux donataires ou légataires : *aux réservataires acceptants*, puisque, au lieu de recevoir chacun le tiers des trois quarts qui auraient formé la réserve si leur frère eût accepté comme eux (art. 913), ils reçoivent, lui manquant, chacun la moitié des deux tiers qui leur sont réservés; *aux donataires ou légataires*, puisque, au lieu du quart, ils garderont le tiers de la masse sur laquelle se calcule le disponible. Tous, réservataires, donataires ou légataires, profitent de la renonciation, parce que tous ils auraient eu à souffrir de la présence du renonçant, s'il était resté héritier (2).

601 *bis*. — Les points de droit que nous venons d'étudier tiennent les uns aux autres par la plus étroite affinité. Résumons-les.

La réserve est un droit de succession *ab intestat* (art 913 et 915) : donc, pour y prétendre, il faut être *héritier*. — L'héritier qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier ; la loi le traite comme s'il était mort avant le *de cujus*, ou, ce qui revient au même, comme s'il était étranger au défunt quant à la succession. Donc aucune réserve ne lui est due : donc il ne peut ni agir en réduction contre les donataires ou légataires du défunt, ni, quand il est lui-même donataire ou légataire, retenir *autre chose que le disponible*, tel que le fixe l'art. 913. Donc enfin il ne fait point nombre pour le calcul de la réserve.

(1) Toutefois il ne peut point être représenté (art. 787).

(2) MM. Delv., t. II, p. 62; Duvergier, *sur Toull.*, t. III, n° 108; Lagrange, *Rev. de droit franç. et étrang.*, t. V, p. 127; Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 374; Marc., art. 913; Vernet, p. 381-391; Demol., t. II, n°s 99 et s.

§ VI. — *De la réserve des ascendants.*

Art. 915.

602. — I. *De son tarif.* — La quotité disponible est ici réglée, non pas eu égard au nombre des réservataires, mais suivant la circonstance que le disposant a laissé des ascendants dans sa ligne paternelle et dans sa ligne maternelle, ou dans l'une d'elles seulement : elle est de la moitié des biens dans le premier cas, des trois quarts dans le second. Le surplus forme la réserve des ascendants.

Que'le est la réserve des ascendants? Est-elle réglée eu égard au nombre des réservataires?

Ainsi, le *de cujus* laisse-t-il des ascendants dans l'une et l'autre ligne : la réserve est de la moitié de ses biens, un quart pour les ascendants de chaque ligne. N'en laisse-t-il que dans l'une d'elles seulement : la réserve n'est que du quart.

603. — La réserve des ascendants étant calculée, non d'après leur *nombre*, mais d'après les *lignes*, la réserve pour *deux* ascendants pourra être plus forte que celle à laquelle pourront avoir droit *trois* et même *quatre* ascendants. Je prends un exemple. *Primus* a laissé un aïeul dans sa ligne paternelle, un autre aïeul dans sa ligne maternelle : la réserve est de *moitié* pour ses *deux* ascendants. *Secundus*, qui n'a aucun ascendant dans sa ligne paternelle, en a laissé *quatre* dans sa ligne maternelle : la réserve n'est que d'un *quart*.

Ne peut-il pas se faire que la réserve pour *deux* ascendants soit plus forte que la reserve pour *trois* ou même pour *quatre* ascendants ?

604. — Nous avons vu que la réserve est une *portion* de la succession *ab intestat*, portion dont on ne peut être dépouillé ni par donation ni par testament. Mais nous trouvons ici un cas où la réserve, au lieu d'être une *portion* de la succession *ab intestat* à laquelle eussent été appelés les réservataires si le *de cujus* n'eût fait aucune libéralité, est égale à cette succession ; un cas où le *de cujus* n'a pu disposer d'aucune partie de ses biens au préjudice de ceux qui sont appelés à sa succession. Qu'on suppose, en effet, ses père et mère en concours avec ses frères et sœurs ou descendants d'eux : la réserve est de la *moitié* des biens. Or, qu'auraient eu les père et mère dans la succession de leur enfant s'il n'eût fait aucune libéralité? La *moitié* de ses biens!

La réserve des ascendants est-elle toujours, comme celle des enfants, une *portion* de ce qu'ils auraient eu dans la succession *ab intestat*, si le *de cujus* n'eût point fait de libéralités?

605. — II. *Quels ascendants ont droit à la réserve.* — Y ont droit : 1° les ascendants légitimes; — 2° les ascendants qui ont légitimé leurs enfants.

Les ascendants qui ont légitimé leurs enfants, ont-ils droit à une réserve?

N'y ont point droit : 1° les ascendants adoptifs. Ils n'ont droit, en effet, qu'aux choses qui viennent d'eux et qui se retrouvent en nature dans la succession du *de cujus*. Or, elles ne s'y trouvent point quand il en a disposé par donation ou par legs (voy. le n° 126). — 2° Les père et mère qui ont reconnu leur enfant naturel. La réserve, en effet, est limitative de l'exercice du droit de propriété ; à ce titre, elle forme un droit exceptionnel. Dès lors elle ne peut exister qu'en la personne de ceux au profit desquels la loi l'a établie par une disposition formelle ou implicite. Or, aucun texte, exprès ou tacite, ne l'accorde aux ascendants *natu-*

Quid, des ascendants adoptifs et des père et mère qui ont reconnu leurs enfants?

rels. L'art. 915 n'a trait qu'aux ascendants *légitimes*. Cela résulte de sa relation intime avec les art. 913 et 914, et de ses termes mêmes qui supposent des ascendants *dans les lignes paternelle ou maternelle* en concours *avec des collatéraux*.

Nous avons, il est vrai, décidé que les enfants naturels reconnus ont une réserve (voy. le n° 595); mais pourquoi l'avons-nous admis? Parce que la loi nous y a implicitement autorisé, en leur accordant, dans une certaine mesure, les mêmes droits qu'aux enfants légitimes (art. 757) (1).

A quel titre et dans quel cas les ascendants ont-ils droit à la réserve? Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'ils y ont droit en qualité d'*héritiers*, et dans l'ordre où la loi les appelle à succéder?

606. — III. *A quel titre les ascendants ont droit à la réserve; dans quels cas ils sont réservataires.* — La réserve est une portion de la succession *ab intestat*, portion que la loi met à l'abri des libéralités du défunt. Il ne suffit donc pas, pour y prétendre, d'être *ascendant*; il faut encore avoir la qualité qui y donne droit, c'est-à-dire la qualité d'*héritier* (voy. les nos 593, 597 et suiv.). Ainsi, point de réserve pour ceux qui n'ont point vocation à la succession *ab intestat*, qui ne sont pas dans l'ordre et le degré appelés à succéder. C'est ce que la loi prend soin de nous dire elle-même, en ces termes : « Les biens réservés aux ascendants sont par eux recueillis *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*. » De là il résulte :

1° Qu'il faut appliquer à la dévolution et au partage de la réserve les règles que la loi applique à la dévolution et au partage des successions *ab intestat*. Ainsi, l'ascendant qui se trouve au degré le plus proche prend la réserve attribuée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres; les ascendants au même degré partagent par tête la réserve affectée à leur ligne (art. 746). — Toutefois le principe de la dévolution d'une ligne à l'autre reçoit-il ici son application?

Le principe de la dévolution d'une ligne à l'autre reçoit-il ici son application?

Toutefois le principe de la dévolution d'une ligne à l'autre ne reçoit pas ici son application : la réserve attribuée à la ligne qui compte des ascendants n'est toujours que du quart, quoiqu'il n'existe dans l'autre ligne aucun parent au degré successible.

Les père et mère ont-ils droit à une réserve lorsque les enfants qu'a laissés le *de cujus* renoncent à la succession?

2° Que les père et mère n'ont droit à la réserve qu'autant que le *de cujus* n'a pas laissé d'enfants. Mais que décider si les enfants qu'il a laissés ont tous renoncé à sa succession? J'accorderais une réserve aux père et mère. Dans l'espèce, en effet, ils sont *héritiers*, la succession leur était dévolue sous cette condition, maintenant accomplie : *si le* de cujus *ne laisse pas d'enfants* HÉRITIERS.

Les ascendants autres que père ou mère ont-ils droit à une réserve lorsque le *de cujus* a laissé des frères ou sœurs ou des descendants d'eux?

3° Que les ascendants autres que le père et la mère n'ont point droit à la réserve lorsque le *de cujus* a laissé des frères et sœurs ou descendants d'eux : car ceux-ci, bien que non réservataires, sont appelés à la succession *ab intestat*, préférablement aux premiers.

On a cherché à justifier ce résultat, en disant : « Lorsque le *de cujus* laisse des aïeuls et des frères ou sœurs, la loi préfère ces derniers parce qu'étant plus jeunes, ils sont beaucoup plus actifs.

(1) MM. Marc., art. 915; Dem., t. IV, n° 51 *bis*; Vernet, p. 361-362; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 548; Demol., t. II, n° 184. — *Contrà*, MM. Merville; *Rev. de droit franç. et étrang.*, 1848, p. 41 et s.

Entre leurs mains les biens prospéreront ; ils dépériraient entre les mains d'un vieillard. Lorsqu'il ne laisse que des ascendants, la loi leur accorde une réserve, parce qu'ils n'ont plus personne à qui ils puissent demander des aliments ; mais, quand ils sont exclus par les frères et sœurs, ils n'ont plus besoin d'une réserve : car ils ont encore des enfants, les frères et sœurs du *de cujus*, qui leur devront des aliments. »

Primus, qui a un aïeul et un frère, fait un legs universel. L'aïeul a-t-il droit à une réserve?

607. — Une difficulté très-délicate a été soulevée. Nous venons de voir, d'une part, que les aïeuls et aïeules ont droit à une réserve, lorsque le défunt n'a laissé ni descendants, ni frères et sœurs ou descendants d'eux; d'autre part, que, s'il a laissé tout à la fois des aïeuls ou aïeules et des frères ou sœurs..., personne n'a droit à la réserve, ni les ascendants, puisqu'ils ne succèdent pas, ni les frères ou sœurs, puisqu'aucun texte ne les a rangés parmi les réservataires. Maintenant, supposons que le défunt a laissé : 1° un aïeul, 2° des frères et sœurs, 3° un légataire *universel* : on demande si, en ce cas, l'aïeul a ou non droit à une réserve.

Trois systèmes ont été proposés.

PREMIER SYSTÈME. — *La question demande une distinction. Les frères et sœurs* RENONCENT-*ils : l'aïeul est héritier, et, par conséquent, réservataire.* ACCEPTENT-*ils : il n'est pas héritier, et, par conséquent, aucune réserve ne lui est due.* — On objecte que l'acceptation ou la renonciation que font, en ce cas, les frères et sœurs est *nulle*, et, partant, qu'elle n'est point à considérer. « Elle est *nulle*, dit-on, parce qu'elle n'a pas d'objet ; elle n'a pas d'objet, parce que la succession qu'ils ont acceptée ou répudiée ne s'est point ouverte à leur profit ; la succession ne s'est point ouverte à leur profit, parce qu'elle passe, de fait et de droit, dès l'instant même du décès du *de cujus*, en la personne de *son légataire universel* (art. 1006). »

« Mais, a-t-on répondu, il n'est point exact de dire qu'en l'espèce les frères et sœurs n'ont aucun titre à la succession *ab intestat*. Leur titre n'est point effacé. Il est vrai qu'ils n'en ont plus le bénéfice ; mais cela ne l'empêche point d'exister encore. Ainsi, bien certainement ils le peuvent invoquer à l'effet d'attaquer le legs, soit pour cause de captation, soit pour vice de forme, ou de le faire révoquer pour cause d'ingratitude. Or, personne ne niera que ce droit conditionnel de ressaisir la succession si, par une cause quelconque, le legs universel vient à défaillir, ne puisse faire l'objet d'une acceptation ou d'une renonciation valable (art. 1046). »

Une objection d'une autre nature a été faite. « S'il est vrai, a-t-on dit, que les frères et sœurs peuvent, en renonçant, faire que l'aïeul ait une réserve, ou, en acceptant, l'empêcher d'en avoir une, la réserve dépendra de leur caprice. Ils pourront, en quelque sorte, la mettre aux enchères. « *Donnez-nous*, diront-ils à l'aïeul, « *donnez-nous telle somme, nous renoncerons, et une réserve vous sera* « *due.* » « *L'aïeul*, diront-ils au légataire, *nous offre telle somme si* « *nous renonçons ; donnez-nous une somme plus forte, nous accepte-*

« *rons et vous ne subirez aucune réduction.* » Il ne se peut pas que la loi ait poussé l'absurde à ce point ! »

« Que cela soit extraordinaire, a-t-on répondu, nous devons le reconnaître ; mais rappelons ce qu'a décidé la loi. Tandis que, au Titre *Des successions*, elle préfère les frères et sœurs..... aux aïeuls et aïeules, elle attribue, au contraire, dans le Titre *Des donations*, aux aïeuls et aïeules une réserve qu'elle refuse aux frères et sœurs ! Cette disposition est certainement fort singulière. Dès lors qu'y a-t-il d'étonnant qu'elle aboutisse à des résultats bizarres » (1) ?

608. — SECOND SYSTÈME. — *L'aïeul n'a droit à aucune réserve, soit que les frères acceptent, soit même qu'ils renoncent.* — Il n'est point, en effet, appelé à succéder ; il n'y est point appelé, puisqu'il existe des frères et sœurs. Vainement ceux-ci renoncent-ils. Ce qu'ils font est un acte *nul :* car, n'étant pas appelés à la succession, puisqu'elle s'est ouverte en la personne du légataire universel, lequel en est saisi de plein droit (art. 1006), ils ne peuvent ni l'accepter ni la répudier (2).

608 *bis.* — TROISIÈME SYSTÈME. — *L'aïeul a droit à une réserve, soit que les frères et sœurs renoncent, soit même qu'ils acceptent.* — La succession *ab intestat* s'est, en effet, ouverte à son profit ; elle s'est ouverte en sa personne, puisque les frères et sœurs, qui lui feraient obstacle s'ils y étaient appelés, s'en trouvent exclus par le légataire universel (art. 1006). Vainement l'acceptent-ils : leur acceptation n'est point à considérer ; elle est nulle faute d'objet (3).

609. — Le second système est défectueux quant au raisonnement sur lequel on le fonde. Ce raisonnement se résume, en effet, en ces deux propositions : 1° l'aïeul n'est point héritier, puisque les frères et sœurs *le sont ;* 2° la renonciation que font les frères et sœurs est nulle, puisqu'ils *ne sont point héritiers.* Ces affirmations étant contradictoires, l'une des deux est évidemment fausse ! Néanmoins, ce raisonnement mis à part, je crois que notre seconde solution est la bonne. Voici mon motif :

Les frères et sœurs ne sont héritiers que *sous la condition suspensive que le légataire universel ne conservera point la succession.* S'ils renoncent, ce droit *éventuel* passera à l'aïeul, je le reconnais ; mais qui ne voit que la condition qui affectera sa vocation à la succession *ab intestat* affectera également son droit à la réserve ? Comment, en effet, pourrait-il être *dès à présent héritier réservataire,* alors qu'il n'est *qu'éventuellement héritier ?* Si, par telle cause ou par telle autre, la succession testamentaire vient à manquer, il sera *héritier* alors, et, partant, alors *réservataire :* d'où pour lui le droit de faire réduire, s'il y a lieu, les donations qui

(1) MM. Dur., t. VIII, nos 310 et 311 ; Marc., art. 1006 ; Ragon, t. II, no 418 ; Demol., t. II, no 122.

(2) MM. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 549.

(3) MM. Delv., art. 1006 ; Coin-Delisle, même article ; Val. ; Vernet, p. 363-371 ; Dem., t. IV, no 50 *bis*, VIII.

lui seront opposées. Mais, tant que le testament tient, la succession demeurant en la personne du légataire, il ne saurait être question ni de la succession *ab intestat*, ni, par conséquent, de la réserve.

§ VII. — *Dans quel cas le défunt a pu disposer de la totalité de ses biens.*

Art. 916.

La loi est-elle exacte lorsqu'elle dit que la personne qui n'a laisse ni descendants ni ascendants a pu disposer de la totalité de ses biens?

Est-ce seulement dans ce cas que le disponible comprend la totalité des biens?

610. — A ne consulter que le texte de l'art. 916, le disponible ne comprend la *totalité* des biens qu'au cas seulement où le *de cujus* n'a laissé ni descendants ni *ascendants*. Mais ce qui a été dit ci-dessus montre que cette règle est trop absolue. La personne qui a laissé des ascendants autres que père ou mère a pu, en effet, disposer de *tous* ses biens, lorsque, *avec* ses ascendants, elle a laissé des frères et sœurs ou des descendants d'eux.

611. — Il me reste à expliquer la dernière phrase de l'article 915.

Art. 915.

Comment faut-il entendre cette dernière phrase de l'art. 915: « Les ascendants ont seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait point la quotité de biens à laquelle elle est fixée?

Elle est ainsi conçue : « Les ascendants ont seuls droit à cette « réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec « des collatéraux ne leur donnerait point la quotité de biens à la- « quelle elle est fixée. » La loi a voulu dire : Les ascendants peuvent faire abstraction de leur qualité de réservataires, lorsque, en partageant la succession selon les règles qui régissent la succession *ab intestat*, la part qui leur revient dans ce partage est *plus forte* que leur réserve. Dans le cas contraire, ils peuvent invoquer leur titre d'héritiers réservataires : les collatéraux n'ont alors que ce qui reste après que la réserve des ascendants est couverte. En d'autres termes, les ascendants sont maîtres de se présenter, suivant leur intérêt, tantôt comme simples héritiers *ab intestat*, tantôt comme réservataires.

Soient un patrimoine de 40,000 fr., un légataire particulier de 10,000 fr., un ascendant paternel et un simple collatéral de la ligne maternelle. L'ascendant n'invoquera pas sa réserve : car, en sa qualité d'héritier *ab intestat*, il a droit à la moitié de la succession, à 15,000 fr. dans l'espèce ; tandis que, la réserve n'étant que du quart de la succession, il n'obtiendrait que 10,000 fr. en sa qualité de réservataire. Mais, si nous supposons, dans la même espèce, le legs de 30 000 fr., l'ascendant alors fera valoir sa réserve : car il prendra comme réservataire les 10.000 fr. qui restent après le legs payé, tandis qu'en sa qualité de simple héritier *ab intestat*, il n'aurait droit qu'à la moitié de ces 10,000 fr. Dans cette hypothèse, l'héritier collatéral est complétement exclu.

§ VIII. — *Des personnes au profit desquelles il est permis de disposer du disponible.*

Art. 919.

Quelles sont les personnes au profit desquelles il est permis

612. — Aux termes de l'art. 919, la quotité disponible peut être laissée, par donation ou par legs, *aux enfants ou aux autres succes-*

de disposer de son disponible?

Pourquoi la loi prend-elle le soin de nous dire que nous pouvons laisser notre disponible à nos enfants et autres successibles?

sibles du donateur. Cette règle ne doit pas être entendue en ce sens que le disponible ne peut pas être donné ou légué à une personne étrangère au disposant. La pensée de la loi est celle-ci: le disponible peut être donné ou légué *même* aux enfants et aux autres successibles du donateur. Si les rédacteurs du Code ont cru devoir s'expliquer expressément sur ce point, c'est que la loi du 17 nivôse an II, exagérant le principe d'égalité entre les héritiers, ne permettait pas de disposer du disponible au profit de l'un d'eux.

613. — La libéralité faite à l'un des successibles est rapportable, si elle n'a été faite par préciput et hors part. La dispense du rapport peut être insérée soit dans l'acte qui contient la libéralité, soit dans un acte postérieur revêtu des formes nécessaires à la validité d'une donation ou d'un testament (voy. le n° 377).

§ IX. — *Règle relative aux libéralités qui ont pour objet un droit d'usufruit* (1) *ou une rente viagère*.

Art. 917.

Le *de cujus* a donné ou légué soit un droit d'usufruit, soit une rente viagère: a-t-il ou non dépassé la quotité disponible?

Faut-il, pour le savoir, estimer approximativement l'usufruit ou la rente viagère?

614. — La réserve doit parvenir intacte à ceux à qui la loi l'accorde; elle ne serait pas intacte si le réservataire la recevait à la charge de subir un droit d'usufruit sur les biens qui la composent, ou de payer une rente viagère. Mais, lorsque le *de cujus* a donné ou légué soit un droit d'usufruit, soit une rente viagère, comment saura-t-on si cette libéralité dépasse ou non la quotité disponible? Je suppose qu'il laisse un fils, 60,000 fr., et un légataire à qui il a légué soit l'usufruit de la totalité ou des trois quarts de ses biens, soit une rente viagère de 3,000 fr. : la quotité disponible est-elle dépassée? *A priori*, on ne le sait pas : car la valeur du droit légué dépend de sa durée, et sa durée est incertaine, puisqu'il doit s'éteindre à une époque inconnue, celle de la mort du légataire (ou du donataire si le droit a été constitué par donation). La déterminera-t-on au moyen d'une estimation, en considérant l'âge, la force, la santé, le sexe du légataire? Il est facile de comprendre combien serait incertaine et aléatoire une estimation faite sur des éléments de calcul aussi peu appréciables!

Quel système a donc suivi la loi?

La libéralité, dans cette espèce particulière, est-elle soumise à une réduction proprement dite?

La loi a triomphé de cette difficulté, en accordant aux réservataires la faculté d'exécuter purement et simplement la disposition, ou d'abandonner *en toute propriété* la quotité disponible. Ainsi, il n'y aura jamais lieu à réduction de la libéralité. Si les réservataires estiment que le droit dont le *de cujus* a disposé à leur préjudice sera de courte durée, qu'il n'entamera point leur réserve, ils l'acceptent tel qu'il se comporte, dans toute son étendue; que si, au contraire, ils craignent qu'il ne dure trop longtemps, et que leur réserve ne soit entamée s'ils sont obligés de le subir jusqu'à son

(1) Quant aux libéralités qui ont pour objet un droit de nue-propriété, consultez MM. Vernet, p. 461 et s.; de Caqueray, *Revue pratique*, t. II, p. 329 et s.; t. IV, p. 418 et s.; Demol., t. II, nos 466 et s.

extinction, ils ne le feront pas réduire, mais ils le remplaceront par un autre droit, par un droit de pleine propriété sur le disponible. La réduction laisse subsister une portion du droit qu'elle atteint; ici le droit n'est pas réduit, mais remplacé par un autre.

614 *bis*. — Nous voyons cependant, dans l'art. 1970, que la rente viagère est *réductible* quand elle dépasse la quotité disponible : il y a donc des cas où les droits de rente viagère ou d'usufruit seront soumis *à réduction*, des cas où l'on sera forcé d'apprécier approximativement leur valeur? Ces cas, en effet, existent.

N'existe-t-il point quelques cas où il est nécessaire d'estimer approximativement la rente ou l'usufruit qui a fait l'objet de la libéralité, et de lui faire subir une réduction lorsque le chiffre de l'estimation dépasse la quotité disponible?

L'art. 917 reçoit son application, il n'y a point lieu à réduction, lorsque le débat s'engage entre les réservataires d'un côté, et le donataire ou le légataire du droit viager de l'autre.

Le droit viager doit, au contraire, être estimé approximativement et soumis à la réduction, quand le débat s'engage : 1° entre le légataire sur la tête duquel il a été constitué et d'autres légataires : dans ce cas, en effet, chacun des légataires devant subir une réduction au marc le franc (art. 926), cette réduction proportionnelle n'est possible qu'autant qu'on connaît le *quantum* de chacune des libéralités qui y sont soumises; — 2° entre le donataire du droit viager et un légataire ou un donataire postérieur : car, pour savoir si la libéralité postérieure doit être réduite, et dans quelle limite elle doit l'être, il faut nécessairement apprécier et déterminer la valeur du droit viager, afin de reconnaître si cette valeur absorbe ou non la quotité disponible.

615. — Signalons, en terminant, une erreur de rédaction. La faculté d'option, que l'art. 917 accorde à l'héritier réservataire, est subordonnée à cette condition : *si* LA VALEUR *du droit d'usufruit ou de la rente viagère dépasse la quotité disponible*. A prendre cette phrase à la lettre, il faudrait dire que le réservataire qui veut user de la faculté qui lui est accordée, doit tout d'abord établir, au moyen d'une estimation faite par experts, que LA VALEUR du droit viager dépasse la quotité disponible; or, l'article a précisément été fait pour éviter cette estimation ! Le texte de la loi doit donc être corrigé. Il faut l'entendre en ce sens : « Il n'y a point lieu à l'option toutes les fois que le droit viager suppose un capital inférieur à la quotité disponible. » Soient un fils pour réservataire, un capital de 60,000 fr., et un légataire auquel le *de cujus* a légué une rente viagère de 1,500 fr. ou l'usufruit de la *moitié* de ses biens; dans ce cas, l'option n'est pas possible : car il est certain que la libéralité ne dépasse pas la quotité disponible. En effet, la quotité disponible ne serait pas dépassée si la libéralité comprenait *en toute propriété* un capital produisant 1,500 fr. de revenu (30,000), ou la moitié des biens. Mais, quand l'usufruit porte sur un capital supérieur à la quotité disponible, par exemple, dans notre espèce, sur la totalité ou sur les trois quarts des biens, quand le capital nécessaire pour produire chaque année des intérêts égaux aux arrérages de la rente viagère dépasse 30,000 fr., le réservataire peut alors user de son droit d'option : car, dans ces différentes hy-

Notre article ne contient-il pas une erreur de rédaction? Comment faut-il entendre la formule inexacte dont il se sert?

pothèses, on ne sait pas si la quotité disponible a été ou non dépassée.

§ X. — *Règle relative à certains contrats intervenus entre parents en ligne directe.*

Art. 918.

616. — « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit « *à charge de rente viagère*, soit *à fonds perdu* ou *avec réserve d'u-* « *sufruit*, à l'un des successibles *en ligne directe*, sera imputée sur « la portion disponible, et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à « la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être de- « mandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui « auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les « successibles *en ligne collatérale*. »

I. *Espèces prévues par la loi.* — Elles sont au nombre de trois :

Qu'est-ce qu'une aliénation à charge de rente viagère?

1° *Aliénation à charge d'une rente viagère.* L'aliénation à charge d'une rente viagère est celle qui est faite à la charge pour l'acquéreur de payer, chaque année, chaque semestre, etc., à l'aliénateur, tant qu'il vivra (1), une certaine somme. Exemple : je vends à mon fils mon domaine, moyennant 1,000 fr. qu'il me paiera chaque année, tant que je vivrai.

Une aliénation à fonds perdu?

2° *Aliénation à fonds perdu.* L'aliénation à fonds perdu est celle qui est faite moyennant un droit *viager*, c'est-à-dire en échange d'un droit qui doit s'éteindre à la mort de l'aliénateur. Exemple : je vends un domaine à mon fils, moyennant, soit 1,000 fr. qu'il me paiera chaque année, *tant que je vivrai* (c'est le cas de l'aliénation à charge de rente viagère), soit un droit d'usufruit qu'il me cède sur un bien qui lui appartient. L'aliénation à charge de rente viagère n'est donc qu'une variété de l'aliénation à fonds perdu : elle en diffère comme l'espèce diffère du genre. Ces aliénations sont dites faites *à fonds perdu*, parce que le fonds aliéné n'est remplacé dans le patrimoine de l'aliénateur que par un capital qui se dépense au jour le jour, capital que ses héritiers ne retrouveront pas après lui, puisqu'il doit s'éteindre à son décès.

Une aliénation avec réserve d'usufruit ?

3° *Vente avec réserve d'usufruit*, c'est-à-dire *vente de la nue-propriété, soit moyennant une somme fixe, soit à fonds perdu.*

Quelle est la nature de ces aliénations lorsqu'elles sont faites entre parents collatéraux ou entre personnes étrangères l'une à l'autre?

616 *bis.* — II. *Solution de la loi sur ces différentes espèces.* — Ces aliénations, lorsqu'elles sont faites entre parents en ligne collatérale ou entre personnes étrangères l'une à l'autre, conservent le caractère qui résulte de la dénomination que les parties leur ont donnée : ce sont des aliénations *à titre onéreux*. Elles peuvent, il est vrai, déguiser des libéralités ; mais la loi les tient pour réelles et sérieuses, tant que la partie intéressée ne fait point la preuve du contraire.

Quid, lorsqu'elles

Il n'en est pas de même lorsqu'elles sont faites entre une per-

(1) Ou tant que vivra telle autre personne déterminée (art. 1971).

sonne et ses successibles en ligne directe. Dans cette hypothèse, la loi, ne tenant aucun compte de la dénomination qui leur a été donnée par les parties, les considère comme de *véritables libéralités*. Ainsi, l'aliénateur du fonds est présumé avoir fait, et l'acquéreur avoir reçu, *une libéralité*. Cette libéralité est présumée faite par préciput : en conséquence, elle est dispensée du *rapport*. Mais elle est soumise à *réduction* lorsqu'elle dépasse la quotité disponible. L'art. 918 porte à tort que l'excédant sera *rapporté ;* c'est *réduit* qu'il fallait dire.

sont faites entre une personne et ses successibles en ligne directe?

616 *ter*. — III. *Motifs de cette présomption légale; son origine.* — La loi du 17 nivôse an II, voulant maintenir la plus stricte égalité entre les héritiers, ne permit point que le *de cujus* pût disposer de son disponible *au profit de l'un d'eux*. Cette prohibition était trop rigoureuse pour qu'on ne cherchât pas à l'éluder. Le législateur, qui le comprit, voulut prévenir la fraude, en plaçant son interdiction sous la sanction de la nullité.

Notre Code a dû introduire dans ce système une modification importante. Du moment, en effet, qu'il nous permettait de disposer de notre disponible par préciput et hors part, au profit de nos enfants ou de tout autre successible (voy. les nos 612 et 613), l'ancienne prohibition n'avait plus sa raison d'être. Les aliénations dont nous traitons ne sont donc plus *annulées* comme sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II.

Toutefois l'expérience nous apprend qu'elles sont rarement sérieuses *quand l'acquéreur est, en ligne directe, le successible de l'aliénateur*. Le plus souvent, en effet, les arrérages de la rente viagère ou le prix de la nue-propriété, dans le cas où l'aliénation est faite avec réserve d'usufruit, ne sont point payés à l'aliénateur, qui néanmoins en donne quittance.

Le Code a tenu compte de cette donnée. Il n'annule point les aliénations sur lesquelles il statue ; mais, s'il les maintient, ce n'est qu'en leur imprimant un caractère autre que celui que les contractants y ont attaché. Ce sont, dit-il, *de véritables donations :* elles vaudront, mais elles ne vaudront qu'à ce titre.

Dans l'hypothèse de ces aliénations, les acquéreurs sont-ils admi à prouver qu'elles ont été réellement faites à titre onéreux?

617. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que notre présomption est fondée sur deux éléments : 1° *sur la nature de la convention*, 2° *sur la qualité des personnes entre lesquelles cette convention intervient*. Il faut, en effet, pour qu'elle ait lieu : 1° qu'il s'agisse d'une aliénation soit *à charge de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit;* 2° que l'acquéreur soit *en ligne directe le successible* du propriétaire qui aliène.

En l'absence de l'une de ces deux conditions, la convention est, jusqu'à preuve contraire, considérée comme un contrat à titre onéreux. Si, au contraire, ces deux éléments concourent, la présomption est invincible : nulle preuve, en effet, n'est admise *contre une présomption sur le fondement de laquelle la loi annule une convention* (art. 1352), et c'est l'annuler que la faire valoir dans une certaine limite seulement et à un autre titre que celui qui

lui a été donné par les parties. De là il résulte que le successible qui est en état de prouver qu'il a *effectivement* payé les arrérages de la rente viagère, ou le prix de la nue-propriété, n'a pas le droit de répéter ce qu'il prétend avoir payé : la loi, présumant que la convention n'est qu'une libéralité déguisée, présume par là même que l'aliénateur n'a rien reçu, que les quittances qu'il a données sont mensongères.

Les parties entre lesquelles ces aliénations interviennent n'ont-elles pas un moyen de leur conserver le caractère d'aliénations à titre onéreux qu'elles peuvent avoir réellement ?

Au reste, lorsque les parties sont de bonne foi, lorsque chacune d'elles spécule et cherche son intérêt, la loi leur fournit un moyen de conserver à leur convention le caractère à titre onéreux qu'elle a réellement : qu'elles appellent les autres successibles en ligne directe ! Si ces successibles, intéressés à contrôler l'acte, reconnaissent qu'il est sérieux, et le signent comme acte à titre onéreux, la présomption de la loi cesse alors (1). Si quelques-uns seulement des successibles ont été appelés, la convention sera réputée *à titre onéreux* à l'égard de ceux des successibles qui auront signé l'acte de vente, ou qui, ayant été en demeure de le contrôler, ne se seront pas présentés ; *à titre gratuit,* à l'égard de ceux qui n'auront pas été appelés.

Quid, à l'égard des enfants qui, au moment de la convention, n'étaient pas encore conçus, et qui, par conséquent, n'ont pas été appelés à la contrôler ?

618. — Que décider à l'égard de ceux qui n'étaient pas alors successibles, qui ne le sont devenus que postérieurement à la convention ? Ainsi, *Primus*, ayant deux enfants, vend un immeuble à l'un d'eux avec réserve d'usufruit, mais du consentement de l'autre ; à sa mort, il laisse trois enfants : la convention est-elle réputée être *à titre gratuit* à l'égard de l'enfant qui n'était pas encore né quand elle a été faite ? La loi du 17 nivôse an II, en exigeant, pour écarter la présomption de la loi, l'intervention des PARENTS *du degré le plus proche,* répondait négativement à la question : car le mot *parents*, dont elle se servait, faisait bien comprendre qu'on devait se placer, pour décider quelles personnes avaient dû être appelées, non pas au moment du décès de l'aliénateur, mais au moment de la convention. En remplaçant le mot *parents* par le mot *successibles*, le Code y répond affirmativement (2). — Quelques personnes sont d'un avis contraire. Du moment, disent-elles, que les parties ont fait tout ce qu'elles pouvaient humainement faire, qu'elles ont appelé à contrôler la convention qu'elles allaient conclure tous ceux qui avaient alors intérêt à la contrôler, toute présomption de fraude doit être écartée. Le mot *successible* a ici le même sens que le mot *parent* (3).

Etait-il nécessaire de dire que les héritiers collatéraux n'ont jamais le droit de critiquer ces aliénations ?

619. — Quant aux héritiers collatéraux, il est bien évident qu'ils n'ont pas le droit de critiquer les aliénations dont il s'agit, ni d'en demander la réduction, sous prétexte qu'elles ne sont que des libéralités déguisées. Il était même inutile de s'en expliquer formel-

(1) Nous trouvons là une exception au principe suivant lequel tout traité sur succession future est nul (art. 1130).

(2) MM. Val.; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 572 ; Vernet, p. 439-443 ; Demol., t. II, no 527.

(3) M. Dem., t. IV, no 56 *bis*, X; Marc., sur l'art. 918.

lement : car les collatéraux, n'étant point réservataires, n'ont point qualité pour faire réduire les libéralités directes ou indirectes que le *de cujus* a faites à leur préjudice.

SECTION II. — DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS ET DES LEGS.

Art. 920.

Qu'est-ce que la réduction ?

620. — La réduction est le droit qu'ont les héritiers réservataires de conserver pour eux les biens que le défunt a légués au-delà de la quotité disponible, ou de reprendre aux donataires ce qu'ils ont reçu au-delà de la même quotité.

§ I. — *Quand naît le droit de réduction.*

Quand ce droit naît-il ? en d'autres termes, à quel moment faut-il se placer pour savoir si la quotité disponible a été ou non dépassée ?

621. — Ce droit, étant la sanction de la réserve, naît avec elle. Or, la réserve ne s'ouvre qu'au moment de l'ouverture de la succession *ab intestat* : car elle n'est qu'une portion de cette succession, la portion *indisponible*. C'est donc au décès du disposant qu'il faut se placer pour résoudre la question de savoir si les libéralités qu'il a faites par actes entre-vifs ou à cause de mort (1) ont ou non entamé la réserve. On la résout en examinant, d'une part, la qualité et le nombre des héritiers qu'il laisse à son décès, et, d'autre part, ce que serait son patrimoine s'il n'eût point fait de libéralités.

De là il suit :

D'après quels éléments se calcule donc la réserve ?

1° Que la réserve se calcule, non d'après la qualité et le nombre des réservataires que le testateur ou le donateur avait au moment de la confection de son testament ou au moment de la donation, mais eu égard au nombre et à la qualité des héritiers réservataires qu'il a laissés à son décès.

2° Qu'il faut la calculer en considérant, non pas la fortune du disposant au moment de la confection du testament ou au moment de la donation, mais celle qu'il eût laissée à son décès s'il n'eût fait aucune libéralité.

Il se peut donc que telle libéralité, qui n'eût pas été sujette à réduction si le disposant fût mort le jour même où il l'a faite, se trouve exagérée et soumise à réduction au moment de son décès, ou réciproquement. Tout dépend de l'avenir !

§ II. — *Qui peut demander la réduction.*

Art. 921.

Qui peut demander la réduction ?

622. — Peuvent la demander :

1° *Les héritiers réservataires*. L'art. 921 ne leur accorde expres-

(1) Par *dispositions à cause de mort*, l'art. 920 désigne, non pas les anciennes donations à cause de mort, car le Code les a abrogées (voy. le n° 513), mais les legs et certaines donations dont l'effet, comme celui des legs, est subordonné au prédécès du disposant, c'est-à-dire les donations de biens à venir faites en faveur du mariage (art. 1082).

Les héritiers réservataires peuvent-ils demander la réduction des *legs*?
Pourquoi la loi ne leur accorde-t-elle expressément que le droit de faire réduire les *donations*?

sément que le droit de faire réduire les dispositions *entre-vifs*, c'est-à-dire les *donations;* mais bien évidemment le même droit leur appartient quant aux *legs*, ainsi que cela résulte de l'art. 920. Si l'art. 921 n'a parlé que de la réduction des donations, c'est qu'il a eu surtout pour objet d'établir une différence entre les héritiers réservataires et les créanciers du défunt : les premiers peuvent demander la réduction, les seconds ne le peuvent point. Mais cette différence n'est relative qu'aux *donations :* car, en ce qui touche les *legs*, nous verrons bientôt que les créanciers du défunt, comme ses héritiers réservataires, ont le droit de les faire réduire, lorsque la valeur des biens qu'il a laissés n'est point supérieure au montant de ses dettes.

Les réservataires qui ont accepté purement et simplement la succession du *de cujus* peuvent-ils demander la réduction?

Les héritiers réservataires peuvent demander la réduction, lors même qu'ils ont accepté la succession *purement et simplement*. Qu'on ne dise point qu'étant alors tenus de toutes les dettes du défunt, ils doivent respecter tous les actes qu'il a faits! qu'ils ne peuvent point évincer le donataire, puisque le donateur, qu'ils représentent, n'aurait pas pu le faire lui-même ! La règle en vertu de laquelle l'héritier pur et simple est tenu de respecter tous les actes qui émanent du défunt, n'est vraie que relativement aux actes que le *de cujus* avait le *droit* de faire au préjudice de ses héritiers; dans le cas contraire, la loi accorde aux héritiers lésés un droit qui leur est *propre*, le droit d'obtenir la rescision de ce qui a été fait à leur préjudice (1).

Le droit de réduction est-il transmissible aux héritiers des héritiers réservataires?

623. — 2° *Les héritiers de l'héritier réservataire.* Le droit de réduction, dès qu'il est né, fait partie des biens du réservataire au profit duquel il s'est ouvert : il le transmet donc à ses successeurs, quels qu'ils soient, légitimes ou irréguliers, *ab intestat* ou testamentaires.

Les héritiers réservataires peuvent-ils le céder?
Leurs créanciers en profitent-ils? Peuvent-ils l'exercer conformément au principe de l'art. 1166?

3° *Les ayant-cause de l'héritier réservataire.* On entend par *ayant-cause* toute personne qui tient son droit d'une autre personne, *habens jus ab aliquo*. Les héritiers sont des ayant-cause *in universum;* nous venons d'en parler dans le 2°. Il s'agit ici des ayant-cause qui ne sont point héritiers, par exemple, du cessionnaire auquel l'héritier réservataire a vendu son droit de réduction. Les créanciers personnels de l'héritier sont aussi ses ayant-cause. S'il exerce lui-même le droit de réduction qui lui compète, les biens qu'il obtient en l'exerçant peuvent être saisis par eux : car tous les biens d'un débiteur, ses biens futurs comme ses biens présents, répondent du paiement de ses dettes (art. 2092). S'il néglige de le faire valoir, ils peuvent eux-mêmes l'exercer de son chef, conformément au principe général de l'art. 1166.

Quelles personnes ne peuvent point demander la réduction?
Etait il nécessaire de nous dire expressément que le droit de faire réduire les dispositions *entre-vifs*, c'est-à-dire les *donations;* mais bien évidemment le même droit leur appartient quant aux *legs*, ainsi que cela résulte de l'art. 920. Si l'art. 921 n'a parlé que de la réduction des donations, c'est qu'il a eu surtout pour objet d'établir une différence entre les héritiers réservataires et les créanciers du défunt : les premiers peuvent demander la réduction, les seconds ne le peuvent point. Mais cette différence n'est relative qu'aux *donations :* car, en ce qui touche les *legs*, nous verrons bientôt que les créanciers du défunt, comme ses héritiers réservataires, ont le droit de les faire réduire, lorsque la valeur des biens qu'il a laissés n'est point supérieure au montant de ses dettes.

624. — Ne peuvent point demander la réduction :

1° et 2° *Les donataires et les légataires du défunt.* Cette disposition était inutile. Il est, en effet, bien évident qu'un donataire ne peut faire réduire ni les donations *antérieures* à celle qu'il a reçue,

(1) MM. Val.; Vernet, p. 404 *in fine*; Dem., n° 59 *bis*, III; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 559.

car, d'une part, la loi ne lui accorde aucune réserve, et, d'autre part, le donateur n'a pu lui donner les biens dont il avait déjà disposé au profit d'un autre; ni les donations *postérieures*, car ces libéralités ne lui font aucun préjudice. Que si les héritiers réservataires prétendent prendre leur réserve sur ce qui lui a été donné, sans toucher aux legs ou aux donations postérieures à la sienne, il a sans doute le droit de les repousser; mais, en agissant ainsi, il ne demande point la réduction des libéralités qui ont entamé la réserve : il soutient seulement, ce qui est bien différent, que celle qu'il a reçue n'est point réductible. — Quant aux légataires, il est plus évident encore qu'ils n'ont aucun droit à la réduction : tout le monde comprend, en effet, que le testateur n'a pas pu léguer les biens dont il s'était dépouillé par acte entre-vifs.

ment que les donataires et les légataires du défunt ne le peuvent point ?

625. — 3° *Les créanciers du défunt.* Ils n'ont même pas le droit de se faire payer sur les biens que l'héritier réservataire a obtenus par l'effet de la réduction. Ainsi, de même qu'ils ne peuvent ni demander le *rapport*, ni en profiter quand il est effectué (article 857), de même ils ne peuvent ni demander la *réduction*, ni en profiter quand elle a été exercée par l'héritier réservataire. Ces deux théories sont de même nature.

Comment faut-il entendre la règle que les créanciers du défunt n'ont aucun droit à la réduction ?

Dans quels cas reçoit-elle son application ?

L'héritier réservataire, en succédant au défunt, devient le débiteur personnel de ses créanciers. Ceux-ci peuvent donc : 1° exercer en son nom, conformément au principe de l'art. 1166, tous les droits qui lui compètent, et, par conséquent, le droit de réduction; 2° se faire payer sur les biens qu'il a obtenus lui-même par l'effet de la réduction. Dès lors, que devient le principe que *les créanciers du défunt ne peuvent ni demander la réduction ni en profiter quand elle est effectuée ?*

La réponse à faire est la même que celle que nous avons donnée sous l'art. 857, en matière de rapport (voy. les nos 407 et 408). Le principe que les créanciers du défunt n'ont aucun droit à la réduction doit être entendu en ce sens, que, toutes les fois qu'il arrivera que les patrimoines du défunt et de l'héritier réservataire resteront distincts et séparés, les biens obtenus par l'effet de la réduction figureront, non pas dans la masse des biens laissés par le défunt, mais parmi les biens personnels de l'héritier. Ce principe reçoit donc son application :

626. — 1° *Lorsque l'héritier réservataire accepte sous bénéfice d'inventaire.* Dans cette hypothèse, l'héritier ne devient point le débiteur des créanciers du défunt; ses biens personnels ne leur servent point de gage. Or, l'action en réduction et les biens qu'il obtient en l'exerçant font partie de son patrimoine personnel; la loi ne les range point parmi les biens du défunt : partant, les créanciers de ce dernier n'y peuvent point prétendre (1).

Ne peut-il pas se

De là il résulte que l'héritier d'une personne insolvable peut

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 433; Vernet, p. 466; Duv.; Demol., t. II, nos 219 et 220.

faire que l'héritier réservataire d'une personne insolvable fasse un bénéfice considérable, tandis que les créanciers du défunt ne sont point payés? Ce résultat est-il injuste? Comment peut-on le justifier?

néanmoins, quand il accepte sous bénéfice d'inventaire, acquérir, en sa qualité d'héritier, une masse de biens qu'il conserve pour lui, sur laquelle les créanciers du défunt n'ont aucune action. Là où les créanciers sont en perte, il réalise un bénéfice!

Ce résultat, inique en apparence, est, au fond, tout aussi juste qu'il est logique. Et, en effet, de deux choses l'une : ou le droit des créanciers est *postérieur* ou il est *antérieur* aux donations sujettes à réduction. Au premier cas, les créanciers n'ont pas dû compter sur les biens qui ont fait l'objet de la donation, puisque ces biens, quand ils ont traité avec le donateur, n'étaient déjà plus dans son patrimoine : la loi ne leur fait donc point préjudice en autorisant l'héritier à conserver pour lui le bénéfice de la réduction. Au second cas, les créanciers ont approuvé et ratifié d'avance les donations que pourrait faire leur débiteur : car tout créancier qui ne se fait point donner des sûretés particulières, une hypothèque, par exemple, qui suit la foi de son débiteur, lui laisse par là même plein pouvoir de disposer de ses biens comme il l'entendra, sous la seule condition de ne pas en disposer frauduleusement. Ainsi, les biens qui sortent du patrimoine du débiteur sortent du gage de ses créanciers. S'il les aliène en fraude de leurs droits, la loi les autorise à faire rescinder l'aliénation (article 1167); mais, si cette aliénation, la donation dans notre espèce, est faite de bonne foi, tout est consommé : leur gage est à jamais perdu. Il est perdu *irrévocablement*, parce que le bien sur lequel il portait a été irrévocablement aliéné. La loi, il est vrai, révoque la donation, et fait rentrer dans la succession du donateur les biens dont il s'est dépouillé au préjudice de ses héritiers réservataires; mais cette révocation est une faveur toute spéciale qu'elle établit dans un intérêt de famille, dans l'intérêt seulement des héritiers réservataires : la donation reste ce qu'elle était à l'égard du *de cujus* et de ses créanciers, c'est-à-dire irrévocable (voy. le n° 409).

627. — 2° *En cas d'acceptation pure et simple, lorsque les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines.* — Dans cette hypothèse, les créanciers du défunt sont payés sur les biens qu'il a laissés, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et, réciproquement, ceux-ci sont payés sur les biens personnels de l'héritier par préférence aux créanciers du défunt (voy. le n° 458); or, les créanciers du défunt n'ayant aucun droit à la réduction, les biens que l'héritier réservataire obtient en l'exerçant doivent figurer, non pas dans la masse des biens laissés par le défunt, mais parmi les siens (voy. le n° 472).

La règle que les créanciers du défunt ne peuvent point demander la réduction s'applique-t-elle aux legs comme aux donations?

628. — Notre règle, au reste, s'entend uniquement de la réduction des *donations*. Nous savons, en effet, que les *legs* ne sont payés que sur ce qui reste des biens du testateur après l'acquittement de ses dettes. Lors donc qu'il a fait des legs dont le montant dépasse l'excédant de ses biens sur ses dettes, ses créanciers ont évidemment le droit d'en demander la réduction. Cette ré-

duction n'est point fondée sur la réserve; c'est un retranchement fondé sur le principe que les legs ne se paient que sur les biens du défunt, et qu'il n'y a de biens que déduction faite des dettes.

§ III. — *Du mode à suivre pour juger s'il y a ou non lieu à réduction, c'est-à-dire si la réserve a été entamée, et dans quelle limite elle l'a été.*

Art. 922.

Quelle marche faut-il suivre pour juger s'il y a ou non lieu à réduction, c'est-à-dire si la réserve a été entamée, et dans quelle limite elle l'a été?

629. — La réserve est une portion de la masse des biens que le *de cujus* eût laissés *s'il n'eût point fait de libéralités :* il faut donc, pour la connaître et pour en déterminer le chiffre, supposer qu'il n'a fait aucune libéralité, considérer comme n'étant point sortis de son patrimoine les biens qu'il a donnés en son vivant, et calculer quel serait, dans cette hypothèse, le *quantum* de sa fortune, déduction faite de ses dettes. C'est d'après ce chiffre, et eu égard au nombre et à la qualité de ses héritiers réservataires, que se calcule la quotité disponible et par suite la réserve. La valeur des biens dont il n'a pas disposé est-elle supérieure ou au moins égale à la réserve ainsi déterminée : toutes les libéralités sont maintenues. Est-elle inférieure : il y a lieu à réduction.

Tel est le système que l'art. 922 a consacré en ces termes : « La « réduction se détermine en formant une masse de tous les biens « existant au décès du donateur ou du testateur; on y réunit fic- « tivement ceux dont il a été disposé par donation entre-vifs, *d'a- « près leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du « décès du donateur*. On calcule sur *tous ces biens*, après en avoir « déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héri- « tiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. »

Ainsi, cinq opérations : 1° composition de la masse des biens laissés par le *de cujus;* 2° composition de la masse des biens dont il a disposé par donation ; 3° addition des deux masses ; 4° déduction des dettes sur le total, et enfin 5° calcul de la réserve sur l'actif net, eu égard à la qualité et au nombre des héritiers réservataires. *La déduction des dettes* est, comme on voit, la quatrième opération ; elle porte sur les biens existants réunis aux biens donnés.

Le mode d'opérer qu'indique la loi doit-il toujours être suivi à la lettre?
Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

630. — Ce mode d'opérer peut, sans inconvénient, être suivi à la lettre, lorsque le *de cujus* a laissé un actif égal ou supérieur à son passif. Soient 60,000 fr. de biens existants, 40,000 fr. de biens donnés, 40,000 fr. de dettes, et un fils. L'addition des deux masses donne un total de 100,000 fr., réduit à 60,000 par la déduction des dettes. Le *de cujus*, ayant laissé un fils, n'a pu disposer que de la moitié de ses biens ; il en a donné 40,000 sur 60,000 : c'est donc 10,000 fr. de trop qu'il a donnés. La quotité disponible a été dépassée, la réserve entamée : il y a lieu à réduction.

Le même mode d'opérer devient, au contraire, défectueux et inapplicable lorsque le *de cujus* a laissé un passif supérieur à son

actif : car, si, dans cette hypothèse, la déduction des dettes devait, comme le veut l'art. 922, rester la quatrième opération, c'est-à-dire si elle devait porter sur la masse totale des biens existants et des biens donnés, l'excédant des dettes sur les biens existants serait pris *sur les biens donnés*, ce qui serait contraire au principe que les créanciers du défunt ne peuvent, en cette qualité, ni demander la réduction, ni en profiter quand elle a été effectuée (art. 921). Soient 50,000 fr. de biens existants, 50,000 fr. de biens donnés, 100,000 fr. de dettes, et un fils. Appliquons l'art. 922, à la lettre : les 100,000 fr. de dettes seront *déduits*, c'est-à-dire *payés* sur les 100,000 formant le total des biens existants et des biens donnés. A quel résultat arriverons-nous? Les réservataires n'auront rien ; les créanciers du défunt prendront tout. Eux seuls profiteront de la réduction. L'art. 921 sera violé !

Que si l'on soutient que les dettes ne seront déduites que *fictivement* sur les biens donnés, et qu'ainsi les biens existants serviront seuls à les payer, nous tomberons alors dans un autre inconvénient : cette déduction pourra, en effet, diminuer ou même ramener à zéro, au grand préjudice des donataires, le chiffre de la quotité disponible. Ainsi, dans l'espèce précédente, l'enfant dira aux donataires : « Mon père a laissé 50,000 fr. de biens ; il en a donné, en son vivant, 50,000. Les dettes s'élèvent à 100,000 fr., qui doivent être déduits de la masse totale des biens existants et des biens donnés : que reste-t-il? Rien ! Donc la quotité disponible se ramène à zéro : donc vous devez me rendre les 50,000 fr. qui vous ont été donnés. »

« Quant à vous, dira-t-il aux créanciers, j'ai pris soin de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire. Dès lors vous n'avez droit qu'aux 50,000 fr. laissés par le défunt. Les voici ; partant, quitte! »

Concluons. L'enfant remettra aux créanciers les 50,000 fr. existants ; il gardera pour lui les 50,000 fr. donnés. Les donataires qui, dans l'espèce, devraient avoir un droit égal au sien (car, la quotité disponible étant de *moitié*, le disponible et la réserve devraient être égaux), les donataires n'auront rien !

Ce résultat est inadmissible. Les donataires, en effet, peuvent dire : « Le défunt a au moins laissé les 50,000 fr. qu'il nous a donnés ; c'est sur ce chiffre que doit se calculer la quotité disponible : c'est, par conséquent, la moitié de cette masse, ou 25,000 fr., que nous avons le droit de conserver » (1).

Ainsi, lorsque le *de cujus* a laissé *plus* de biens que de dettes, on peut suivre à la lettre le mode d'opérer tracé par l'art. 922 : il est alors sans inconvénient. Mais, dans l'hypothèse inverse, la masse des biens existants étant absorbée par les dettes, il faut en faire abstraction. Les choses se passent alors comme si le *de cujus*

(1) MM. Bigot-Préameneu, dans son *exposé des motifs;* Jaubert, dans son *rapport au Tribunat;* Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 374; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 561; Vernet, p. 420; Dem., t. IV, n° 60 *bis*, IV; Demol., t. II, n° 397.

n'avait laissé ni dettes ni biens : en conséquence, la réserve ne se calcule *qu'eu égard à la masse des biens donnés.*

631. — Il nous reste à voir quels biens doivent être compris dans la première et dans la seconde masse, et à quelle époque il faut se placer pour en faire l'estimation.

Sur quels biens se calcule la réserve? Faut-il tenir compte des créances que le défunt avait contre l'héritier réservataire? Comment estime-t-on les biens qu'a laissés le défunt?

1° *Masse des biens laissés par le* DE CUJUS *dans sa succession.* Elle se compose de toutes les choses, mobilières ou immobilières, dont le *de cujus* était propriétaire ou créancier au moment de son décès. Il faut même y comprendre les créances qu'il avait contre l'héritier réservataire, car elles comptaient dans ses biens quand il est mort. A la vérité, elles sont maintenant éteintes par confusion; mais cette extinction est elle-même un bénéfice que l'héritier recueille en sa qualité d'héritier. — Les mauvaises créances et les créances conditionnelles y sont comprises, non d'après le chiffre de la dette, mais eu égard à leur *valeur vénale.*

L'estimation des biens laissés par le défunt se fait *suivant leur état et leur valeur au moment du décès du disposant.*

632. — 2° *Masse des biens donnés.* Elle se compose de tous les biens dont le *de cujus* a disposé par acte entre-vifs (1).

Comment estime-t-on ceux dont il a disposé par acte entre-vifs?

(1) Il faut y comprendre même les biens donnés à l'un des réservataires. Il est vrai que les légataires ne peuvent pas exiger le *rapport* des choses que le *de cujus* a données à l'un des successibles, ni en profiter quand il a été effectué (art. 857); mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas d'un rapport réel, effectif. Le légataire ne demande point que les objets rapportés lui soient attribués en tout ou en partie pour compléter ce qui lui a été légué; il s'agit uniquement d'un calcul, d'un rapport fictif, nécessaire pour former la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible. Si, après qu'on a ainsi déterminé la quotité disponible, les biens laissés par le *de cujus* ne suffisent pas pour l'entière exécution du legs, le principe de l'art. 857 reçoit son application : le légataire doit se contenter des biens que le testateur *a laissés dans sa succession.* Exemple. *Primus*, qui a deux enfants, donne 45,000 fr. à l'un d'eux; il meurt laissant ses deux enfants héritiers, un légataire universel, et un actif net de 15,000 fr. Les enfants ne peuvent point dire : « La quotité disponible ne doit se calculer que sur les 15,000 fr. qu'a laissés notre père : car, les 45,000 fr. dont il a disposé en son vivant ayant été donnés à l'un de nous et le rapport n'étant dû qu'aux *héritiers*, le *légataire* ne peut pas exiger qu'ils soient rapportés et réunis fictivement aux 15,000 fr. qui composent la succession. » Cette prétention serait contraire à l'art. 922, qui exige que tous les biens donnés soient fictivement réunis aux biens laissés par le testateur. Le légataire peut donc dire : « Les biens donnés, joints aux biens existants, forment une masse de 60,000 fr.; la quotité disponible étant, dans l'espèce, d'un tiers des biens, j'ai droit à 20,000 fr. » Mais, comme il n'en existe que 15,000 dans la succession, son legs se trouve réduit à cette somme : car, pour le compléter, il faudrait prendre ce qui manque sur les 45,000 fr. donnés à l'un des enfants, et il ne le peut pas, puisqu'il n'a point droit au rapport.

Une objection a été faite. « La masse, disent les enfants du défunt, est de 60,000 fr., nous le reconnaissons; la quotité disponible est de 20,000, nous le reconnaissons encore Mais cette quotité disponible a été absorbée par la donation de 45,000 fr. que le *de cujus* a faite à l'un de nous : donc toute libéralité postérieure est réductible, tout legs est caduc, conformément aux articles 923 et 925. » Le légataire triomphera de cette nouvelle prétention, en répondant : « Les libéralités que le *de cujus* a faites sans clause de préciput, à l'un de ses enfants, ne doivent point s'imputer sur la quotité disponible : car l'ascendant qui fait une donation à ses enfants ou à l'un d'eux assure par

Comment faut-il entendre la règle qu'on doit les estimer d'après *leur état au moment de la donation* et leur valeur au moment du décès du donateur?

Quid, si, dans l'intervalle de la donation au décès du donateur, ils ont reçu des améliorations ou subi des détériorations?

— L'estimation de ces biens se fait *d'après leur état au moment de la donation* et leur valeur au moment du décès du donateur.

D'après leur état au moment de la donation..., c'est-à-dire d'après la configuration matérielle qu'ils avaient à cette époque, abstraction faite des augmentations ou diminutions provenant du fait des donataires ou de leurs ayant-cause, mais en tenant compte des améliorations ou détériorations provenant soit de la nature même des choses, soit d'un cas fortuit. La loi veut qu'ils soient considérés comme n'étant jamais sortis du patrimoine du *de cujus* et qu'ils soient, en conséquence, estimés comme les biens qu'il a laissés dans sa succession. Soit une maison valant 20,000 fr. au moment de la donation: si elle en vaut 40,000 au jour du décès du donateur, sera-t-elle comprise dans la masse pour 20,000 fr. ou pour 40,000? La loi distingue: pour 20,000 fr. seulement, si la plus-value résulte des dépenses faites par le donataire : il ne faut pas, en effet, comprendre dans la succession ce dont le donateur n'a pas fait les frais; pour 40,000 fr., si elle provient d'un cas fortuit, de l'établissement d'une rue, par exemple: car cette plus-value se fût trouvée dans la succession du donateur s'il fût resté propriétaire de la maison. — La maison, qui valait 20,000 fr. quand elle a été donnée, n'en vaut plus que 10,000 au jour du décès du donateur : elle sera comprise dans la masse pour 20,000 fr., si la moins-value qu'elle a subie résulte de la faute du donataire ou de ses ayant-cause; pour 10,000 seulement, si elle provient d'un cas fortuit (1).

Quelle différence y a-t-il à cet égard entre la *réduction* et le *rapport*?

633. — Cette règle s'applique tant aux meubles qu'aux immeubles : l'art. 922 ne distingue pas.

Nous trouvons là une différence bien marquée entre le *rapport* et la *réduction*. Le successible auquel le défunt a donné des *meubles* et qui est soumis au *rapport* est, envers la succession, débiteur, non pas des choses mêmes qui lui ont été données, mais de *leur valeur au moment de la donation*. Si les choses dont il a été gratifié périssent, se dégradent ou s'améliorent, l'objet de son obligation ne change pas : dans tous les cas, il doit *la valeur* qu'avaient, *au moment de la donation*, les choses qui lui ont été données. En d'autres termes, les meubles qui ont fait l'objet de la donation sont à ses risques et périls (voy. le n° 423). Le donataire soumis à *réduction* est, au contraire, débiteur, non pas de *la valeur* qu'avaient, *au moment de la donation*, les meubles qui lui ont été donnés, mais

avance leur réserve : il reste donc maître de son disponible ! Les libéralités qu'il fait ensuite à des tiers ne portent aucune atteinte à la réserve des enfants, puisqu'ils en sont déjà nantis. Or, si elles n'entament point la réserve, à quel titre seraient-elles réductibles? »

Voy. en ce sens MM. Val.; Dem., t. IV, n° 66 *bis*, VI et VII; Marc., art. 922; Demol., t. II, n° 488. — *Contrà*, MM. Labbé, *Rev. prat.*, t. XI; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 575. — Une très-savante polémique a été engagée sur ce point de droit entre deux professeurs de l'École de Paris, MM. Labbé et Vernet (*Rev. prat.*, t. XI et XII).

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 565; Vernet, p. 450; Demol., t. II, n° 368.

des *meubles eux-mêmes*. Ces meubles ne sont donc pas uniquement à sa charge. Périssent-ils : la perte est supportée *par la succession*, c'est-à-dire tant par le réservataire que par le donataire. S'améliorent-ils : l'amélioration profite *à la succession*, et, par suite, au réservataire et au donataire.

Cette différence est-elle bien rationnelle? Comment la justifie-t-on?

Il est difficile de justifier cette différence; les motifs qu'on en a donnés sont peu satisfaisants. « Le donataire soumis à *réduction* mérite, a-t-on dit, plus de faveur que le donataire qui doit le *rapport*. Les donataires ne songent guère, en recevant une libéralité, qu'ils seront peut-être un jour soumis à réduction, persuadés qu'ils sont que la libéralité dont on les gratifie est faite dans de justes limites : aussi sont-ils cruellement trompés dans leur attente quand la réduction les atteint. Il ne faut donc pas être trop rigoureux à leur égard. Tout ce qu'on peut humainement exiger d'eux, c'est qu'ils rendent compte des meubles dont ils sont encore nantis, et dans l'état où ils se trouvent au décès du donateur. — Quant aux donataires soumis à rapport, ils ont eu, *à priori*, connaissance de l'obligation dont ils sont tenus envers la succession : ils ne sont donc pas frappés à l'improviste, dépouillés d'un bénéfice qu'ils devaient croire irrévocablement acquis. Et d'ailleurs, s'ils trouvent trop dur le rapport auquel ils sont soumis, ils peuvent s'y soustraire en renonçant à la succession.

« On peut, il est vrai, objecter qu'il est possible que les meubles donnés aient augmenté de valeur dans l'intervalle de la donation au décès du donateur, auquel cas le donataire soumis *à réduction* sera traité moins favorablement que le donataire soumis *à rapport;* mais la loi a pensé, sans doute, que les chances d'amélioration sont, quant aux meubles, extrêmement rares, tandis que ces objets sont exposés à mille causes de dépréciation. »

Quid, si, dans l'intervalle du décès du donateur au jour de l'estimation, les biens ont reçu des améliorations ou subi des détériorations? Faut-il tenir compte de ces variations de fortune?

634. — Entre le décès et le moment de l'estimation, les biens ont pu augmenter ou diminuer de valeur : faut-il tenir compte de ces changements, de ces variations de fortune? La négative n'est point douteuse ; la réserve se calcule eu égard à la fortune qu'a laissée le *de cujus* à son décès, augmentée de la masse des biens dont il s'est dépouillé par donation. *L'avenir ne peut rien changer à ce règlement de la loi.*

§ IV. — *Dans quel ordre s'exerce l'action en réduction.*

Art. 923.

Quelles libéralités doivent être réduites?

635. — La réduction ne doit frapper que les libéralités qui ont porté atteinte à la réserve, c'est-à-dire les libéralités faites après celles qui ont absorbé la quotité disponible. Cette idée domine toute la matière.

Trois cas sont à considérer : le *de cujus* peut avoir fait ou des donations seulement, ou des legs seulement, ou tout à la fois des donations et des legs.

Lorsque le *de cujus* a fait plusieurs donations, comment s'effectue la réduction?

1° *Le* de cujus *n'a fait que des donations.* — La réduction s'effectue en commençant par la dernière, et ainsi de suite, en remontant des plus récentes aux plus anciennes. Avant de toucher à la

donation qui précède la plus récente, celle-ci doit être complétement anéantie. Si ce qu'on enlève au dernier donataire suffit pour faire ou pour compléter la réserve, on s'en tient là. Dans le cas contraire, on passe au donataire qui vient immédiatement avant celui qui subit la première réduction, et ainsi de suite : *Qui prior est tempore, potior est jure.*

Exemple. Le *de cujus*, qui a donné à *Primus* 40,000 fr., à *Secundus* 30,000 fr , à *Tertius* 30,000 fr., laisse dans sa succession un actif net de 20,000 fr., et un fils pour héritier. Il aurait laissé une fortune de 120,000 fr. s'il n'eût point fait de libéralités : la réserve de l'enfant est donc de 60,000 fr. Or, il n'en a trouvé que 20,000 dans la succession ; c'est 40,000 fr. qui lui manquent. Ces 40,000 fr., il les prendra sur *Tertius* et sur *Secundus* : 30,000 fr. sur *Tertius*, 10,000 fr. sur *Secundus*. *Tertius* ne conservera rien de ce qui lui a été donné, car les biens dont il a été gratifié ont tous été pris sur la réserve. *Secundus* ne subira qu'une réduction partielle, parce que les biens dont le *de cujus* a disposé à son profit ont été pris partie sur la quotité disponible, partie sur la réserve. *Primus* conservera intact tout ce qui lui a été donné, car les biens qu'il a reçus n'ont été pris que sur le disponible.

Pourquoi, quand le *de cujus* a fait plusieurs donations, ne sont-elles pas réduites proportionnellement ? Pourquoi la plus récente est-elle réduite avant les autres ?

Cette théorie, fort équitable d'ailleurs, est une conséquence nécessaire du principe que les donations sont irrévocables. On conçoit, en effet, que, si la réduction eût porté *proportionnellement* sur toutes les libéralités, le donateur aurait pu, en faisant des donations nouvelles, enlever aux premiers donataires une portion des biens dont il s'était dépouillé à leur profit.

Si l'un des donataires soumis à la réduction a dissipé les biens qui lui ont été donnés, et s'il est insolvable, le réservataire peut-il passer outre et demander la réserve aux donataires qui précèdent ? En d'autres termes, son insolvabilité doit-elle être supportée par les donataires antérieurs ou par l'héritier réservataire ?

636. — Si l'un des donataires soumis à réduction a dissipé les biens qui lui ont été donnés, et n'est point solvable, le réservataire peut-il passer outre et demander sa réserve aux donataires qui précèdent? Le *de cujus*, qui a fait une première donation de 50,000 fr. à *Primus*, une seconde donation de 50,000 fr. à *Secundus*, laisse un fils et un actif absorbé par ses dettes. La quotité disponible se calculant uniquement sur les 100,000 fr. dont se compose la masse des biens donnés, l'enfant a une réserve de 50,000 fr., qu'il doit demander au donataire le plus récent, à *Secundus*. Mais celui-ci est insolvable : l'enfant peut-il prendre sa réserve sur le donataire antérieur, sur *Primus?* En d'autres termes, qui doit supporter la perte résultant de l'insolvabilité du donataire soumis à réduction?

Lebrun la met à la charge *des donataires antérieurs*. Les auteurs qui, sous le Code, se sont ralliés à ce sentiment, invoquent l'article 923. La réduction, y est-il dit, se fera en commençant par la donation la plus récente, et *ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes :* donc, concluent-ils, si, par quelque cause que ce soit, l'héritier ne trouve point sa réserve dans la dernière donation, il peut remonter à la plus ancienne (1).

(1) MM. Merlin, Répert., v° *Légitime;* Grenier, t. II, n° 632; Toullier, t. III,

Pothier veut qu'elle soit supportée *par les donataires antérieurs et par le réservataire* (1). « Il faut, dit-il, faire abstraction des biens donnés au donataire insolvable, les considérer comme ayant été perdus, dissipés par le *de cujus* lui-même, et, par conséquent, calculer la réserve eu égard aux autres biens. » Ainsi, dans notre espèce, la réserve se calcule eu égard aux 50,000 fr. qui ont été donnés à *Primus*. L'enfant réservataire a droit à 25,000 fr., qui lui sont payés par *Primus*. L'un et l'autre font une perte de 25,000 fr. : car, si *Secundus* eût été solvable, le réservataire aurait eu une réserve de 50,000 fr., et le premier donataire aurait conservé intacts les 50,000 fr. dont le *de cujus* l'avait gratifié. — Il est bien entendu, au reste, que chacun d'eux pourra, jusqu'à concurrence de la perte qu'il éprouve, recourir contre le donataire insolvable, s'il revient à meilleure fortune.

Ce système est généralement admis.

637.—Dans un troisième système, qui me paraît le bon, on soutient que *le réservataire doit porter seul tout le poids de l'insolvabilité du dernier donataire*. Le système de Pothier repose sur un principe qui est en contradiction manifeste avec les dispositions et avec l'esprit de notre Code. Ainsi, dans ce système, d'une part, les biens qu'a détruits, perdus ou dissipés le donataire insolvable, ne sont pas comptés dans la masse sur laquelle doit se faire le calcul de la quotité disponible : on procède comme si le *de cujus* les avait lui-même perdus, dissipés ou detruits. Or, aux termes de l'art. 922, les choses données doivent être comprises dans la masse, d'après *leur état au moment de la donation* et leur valeur au décès du donateur, ce qui veut dire, tout le monde en convient, qu'il faut estimer ce qu'elles vaudraient si elles n'étaient pas sorties du patrimoine du donateur; qu'il faut, en un mot, faire abstraction des détériorations ou pertes qui proviennent du *fait* du donataire, et qu'ainsi les biens qui ont péri par son fait doivent être fictivement compris dans la masse sur laquelle doit être calculée la réserve (voy. les nos 631 et s.). — D'autre part, on réduit les libéralités qui, en réalité, n'avaient été prises que sur le disponible, et cependant il est de principe que la réduction ne doit atteindre que celles qui ont entamé la réserve.

Si donc on veut tenir compte de ces principes, et il le faut bien puisqu'ils sont écrits dans la loi, l'insolvabilité du donataire le plus récent ne peut porter aucune atteinte aux donataires antérieurs, qui n'ont reçu que des biens disponibles.

Toutefois, s'il était démontré que le *de cujus*, après avoir disposé de tout son disponible, a, *dans un but frauduleux*, c'est-à-dire afin de dépouiller complétement son héritier, donné ses biens réservés à une personne *notoirement insolvable* et dissipatrice, on

no 137; Vernet, p. 262, 263 et 264. — Voy. aussi MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 566 et 583.

(1) *Conf.* MM. Dur., t. VIII, no 339; Dem., t. IV, no 61 *bis*, II; Marc., article 923; Ragon, t. II, no 344, et append., nos 347 et s.; Demol., t. II, no 606.

Art. 926 et 927.

pourrait alors, conformément au sentiment de Pothier, considérer comme perdus par le *de cujus* lui-même les biens dont il a disposé au profit du donataire insolvable (M. Val.).

Lorsque le *de cujus* a fait plusieurs legs, comment se fait la réduction ?

638. — 2° *Le* de cujus *n'a fait que des legs.* — On ne peut pas, quant aux legs, réduire le plus *récent* avant le plus *ancien :* car tous les legs, lors même qu'ils sont faits à des époques différentes, produisent leur effet *à la même date*, c'est-à-dire au décès du testateur. Comment donc se fera la réduction?

Notre ancienne jurisprudence distinguait. La réduction se faisait *proportionnellement* lorsque les legs appartenaient tous au même ordre, c'est-à-dire lorsqu'ils étaient tous universels ou tous particuliers. Mais, lorsque le *de cujus* avait laissé tout à la fois des legs universels et des legs particuliers, la réserve se prenait *d'abord* sur les légataires universels, qui, disait-on, ne sont légataires que de ce qui reste après l'acquittement des legs particuliers, et *subsidiairement* sur les légataires particuliers.

Le Code ne fait aucune distinction : la réduction a toujours lieu au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement, quelle que soit la qualité des legs. Qu'ils soient tous universels, ou tous particuliers, ou les uns universels et les autres particuliers, la règle est toujours la même.

Cette règle est bien simple. Il faut, pour en faire l'application, supposer, par la pensée, que le *de cujus* n'a laissé aucun parent réservataire, et déterminer, en se plaçant dans cette hypothèse, ce qui reviendrait à chacun des légataires; après quoi on retient, sur l'émolument afférent à chacun d'eux, le quart, le tiers, la moitié ou les trois quarts, suivant que la réserve des héritiers est du quart, du tiers, de la moitié ou des trois quarts. Soit l'espèce suivante. Le *de cujus*, qui a laissé un fils pour héritier, et un actif net de 80,000 fr., a légué tous ses biens à *Primus*, le quart de ses biens à *Secundus*, et 40,000 fr. à *Tertius :* quel serait l'émolument de chacun des légataires si le testateur n'eût point laissé un fils pour héritier réservataire? Le legs particulier, étant une charge de l'universalité, sera payé par ceux à qui cette universalité a été léguée, c'est-à-dire par *Primus*, légataire universel, et par *Secundus*, légataire à titre universel : *Tertius*, légataire particulier, recevrait donc 40,000 fr., ce qui réduirait à 40,000 l'universalité laissée par le défunt. *Secundus*, auquel il a été légué le quart de cette universalité, recevrait 10,000 fr.; *Primus*, légataire universel, prendrait le reste, ou 30,000 fr. Ainsi, *Primus* aurait 30,000 fr., *Secundus* 10,000 fr., *Tertius* 40,000. La réserve étant de la moitié des biens, le réservataire retiendra à chaque légataire la moitié de son émolument : 15,000 fr. à *Primus*, 5,000 à *Secundus*, 20,000 à *Tertius*.

Pourquoi la réduction des legs est-elle proportionnelle?

639. — La réduction *proportionnelle* des legs est fondée sur la volonté présumée du testateur : on suppose qu'il a entendu conserver entre les légataires, quant à la perte qu'ils pourraient avoir à supporter par suite de la présence de ses héritiers réservataires,

la même proportion que celle qu'il a établie entre eux, quant aux libéralités dont il les a gratifiées. S'il a manifesté une volonté contraire, la loi la respecte et la fait exécuter ; mais elle ne la présume point. Le testateur qui désire accorder une préférence à certains légataires doit donc s'en expliquer *expressément*.

L'est-elle toujours?

640. — Ainsi, les legs se réduisent *proportionnellement* lorsque le testateur n'a pas dit le contraire. S'il a expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, ce legs n'est réduit qu'autant que les biens compris dans les autres legs ne suffisent point pour parfaire la réserve.

Art. 925.

Comment se fait la réduction lorsque le *de cujus* a fait tout à la fois des donations et des legs?

Pourquoi les legs doivent-ils être réduits avant les donations?

641. — 3° *Le* de cujus *a fait tout à la fois des donations et des legs*. — Les legs sont toujours les libéralités les plus récentes : car, si reculée que soit la date du testament, les libéralités testamentaires, ne produisant leur effet qu'à la mort du testateur, sont nécessairement postérieures aux donations. Les libéralités les plus *récentes* sont réduites les premières : les legs doivent donc être réduits avant les libéralités par acte entre-vifs. On ne touche aux donations qu'autant que les biens légués ne suffisent point pour remplir la réserve. En d'autres termes, tous les legs sont caducs lorsque les libéralités par acte entre-vifs ont absorbé toute la quotité disponible. Décider autrement, c'eût été violer le principe de l'irrévocabilité des donations. Si, en effet, la réduction eût porté proportionnellement sur les donations et sur les legs, le donateur aurait pu, en faisant un testament, enlever à ses donataires une portion des biens dont il les avait investis.

Les *institutions contractuelles*, c'est-à-dire les donations de biens à venir faites en faveur du mariage, doivent-elles être réduites comme les *legs* ou comme les *donations*?

642. — Les *institutions contractuelles*, c'est-à-dire les donations de biens à venir faites en faveur du mariage, ont de l'analogie avec les legs : car elles sont, comme eux, subordonnées à la condition de la survie du donataire au disposant (art. 1082). Faut-il, quant à la réduction, les assimiler aux *legs*? Je ne le pense pas. Ces donations sont *irrévocables*, à un certain point de vue : le donateur ne peut pas, en faisant des libéralités nouvelles, enlever au donataire des biens à venir le droit éventuel dont il l'a investi (art. 1083). Or, l'irrévocabilité des donations est incompatible avec la réduction *proportionnelle* (1).

Ainsi, le *de cujus* a-t-il fait plusieurs institutions contractuelles : la réduction s'effectue en commençant par la plus récente, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. A-t-il fait des institutions contractuelles et des legs : ceux-ci sont réduits les premiers (voy. l'explic. des art. 1082 et s.).

Quid, des donations entre époux?

643. — Les donations entre époux sont *révocables au gré du donateur* (art. 1096) ; en cela elles ressemblent aux legs, qui sont révocables au gré du testateur. Faut-il, quant à la réduction, les assimiler aux legs? Ici encore j'admets la négative. Ces donations, quoique *révocables*, transfèrent un droit actuel au donataire ; elles dépouillent le donateur, à la date même de la donation. On ne

(1) MM. Val.; Vernet, p. 479; Zach.; Aubry et Rau, t. V, p. 379.

peut donc point dire qu'elles n'ont, comme les legs, qu'une seule et même date. Elles sont *antérieures* aux *legs*, puisqu'elles produisent leur effet du vivant du donateur : dès lors elles ne doivent être réduites qu'après eux. Entre elles et les autres donations par acte entre-vifs, les unes sont les plus anciennes, les autres les plus récentes : celles-ci doivent, par conséquent, être réduites les premières. Qu'on ne dise pas qu'en faisant des dispositions nouvelles le donateur a voulu révoquer celles qu'il avait précédemment faites à son conjoint ! rien ne prouve, en effet, qu'il a eu cette intention. On peut lui en supposer une autre, plus naturelle, que je traduis ainsi : « Si, après l'acquittement de la libéralité que j'ai faite à mon conjoint, il reste quelque chose de disponible, cet excédant sera pour mes nouveaux donataires. » Remarquons, d'ailleurs, que, les *donations par acte entre-vifs* étant, dans les art. 923, 925 et 926, opposées aux *legs*, les mots *donations entre-vifs* doivent être entendus dans leur sens le plus large, et qu'ainsi ils comprennent toute libéralité qui se fait par *convention* (voy. l'explic. des art. 1082 et s.) (1).

§ V. — *Comment s'effectue la réduction. Si elle s'effectue en nature ou par équipollent.*

La réduction s'effectue-t-elle toujours *en nature*?

644. — En principe, la *réduction*, comme le *rapport*, s'effectue en nature : car c'est à titre d'héritier qu'on la réclame, et tout héritier a le droit de demander en nature sa part de succession (art. 826). — Toutefois, comme le rapport aussi, elle se fait, dans certains cas, par équipollent.

Dans quels cas a-t-elle lieu par équipollent?

Elle a lieu par équipollent dans les cas suivants :

1° *Lorsque les objets compris dans la donation sont des choses fongibles*, par exemple, des denrées, une somme d'argent... Alors, en effet, la réduction ne peut pas avoir lieu en nature : car, le donataire ayant reçu ces choses pour les consommer, force est bien à l'héritier réservataire de se contenter de choses semblables en qualité et quantité.

2° *Lorsque le donataire a aliéné les biens qui lui ont été donnés.* Nous verrons, en effet, sous le n° 648, que l'héritier à réserve est tenu, dans ce cas, de se contenter d'une somme d'argent au lieu et place des choses qui ont fait l'objet de la donation.

Art. 924.

S'effectue-t-elle en nature ou par équipollent lorsque le donataire soumis à réduction est lui-même l'un des héritiers réservataires?

3° *Lorsque le donataire soumis à la réduction est lui-même l'un des héritiers réservataires, et qu'il se trouve dans la succession d'autres biens de même nature que ceux dont le* de cujus *l'a gratifié.* Cette hypothèse est prévue par l'art. 924, dont voici les termes : « Si la « donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles,

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 579; Vernet, p. 480-485. — Toutefois ce dernier auteur, dans le cas où la donation entre époux a pour objet des biens à venir, la déclare réductible avant toutes autres donations entre-vifs, même postérieures en date, et après les dispositions testamentaires.

« il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion « qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non dis- « ponibles, s'ils sont de la même nature. »

La loi suppose, d'une part, que l'un des héritiers réservataires a reçu du défunt une donation *par préciput*, et, d'autre part, que le donataire accepte la succession du donateur. Ces deux faits doivent être supposés : en effet, si l'héritier réservataire n'était point donataire *par préciput*, la loi le soumettrait, non pas à la *réduction*, mais au *rapport;* s'il était renonçant, elle ne l'autoriserait pas à retenir une portion de la réserve (1), puisque la réserve est un droit de succession auquel on ne peut prétendre qu'en qualité d'héritier (voy. les nos 597 et suiv.). Dans l'hypothèse prévue, l'héritier réservataire peut conserver *en nature*, jusqu'à concurrence de la portion disponible, les biens qui lui ont été donnés. Quant à l'excédant, il doit, en principe, le remettre en nature dans la masse partageable, et c'est ce qu'il est tenu de faire *s'il n'existe point dans la succession des biens de même nature, valeur et bonté, dont on puisse faire des lots à peu près égaux pour les autres héritiers.* Dans le cas contraire, la loi l'autorise à faire une réduction en moins prenant : ce mode d'opérer ne fait aucun préjudice aux autres héritiers, tandis que la réduction en nature froisserait souvent l'intérêt du réservataire, en lui enlevant des biens auxquels il s'est peut-être attaché.

4° Quoiqu'il n'existe pas dans la succession d'autres immeubles semblables à celui qui est soumis à la réduction, la réduction se fait encore *en moins prenant* lorsque, d'une part, l'immeuble qu'a reçu l'héritier réservataire n'est pas commodément partageable, et que, d'autre part, la portion que le donataire peut conserver excède la moitié de la valeur de l'immeuble (voy. le no 422).

(1) Quelques personnes sont d'un avis contraire. Selon elles, l'art. 924 a eu principalement pour objet d'accorder à l'héritier *renonçant* le droit de *retenir* la réserve par voie d'exception. Notre ancienne jurisprudence considérait la réserve comme une portion de la succession *ab intestat :* aussi fallait-il être *héritier* pour la réclamer *par voie d'action*, c'est-à-dire pour se la faire restituer par les donataires qui la possédaient. Mais tous les anciens auteurs reconnaissent qu'il n'était pas nécessaire d'avoir la qualité d'*héritier* pour *retenir* la réserve *par voie d'exception;* qu'on pouvait, *quoique renonçant*, la conserver lorsqu'on en était nanti à titre de donataire. Les rédacteurs du Code, qui copiaient Pothier, lui ont emprunté cette doctrine; ils l'ont reproduite dans l'art. 924.

Nous avons dit ailleurs les raisons qui nous font rejeter ce système (voy. les nos 600 et s.). Ajoutez ici que, notre art. 924 étant inapplicable au cas où il n'existe point dans la succession des biens semblables à ceux qui ont été donnés au réservataire, la question de savoir si l'héritier renonçant a ou non le droit de retenir sa réserve dépendrait uniquement de la *nature* des biens que le *de cujus* a laissés dans sa succession. Une semblable distinction est trop ouvertement contraire au simple bon sens pour être admise! (MM. Val.; Vernet, p. 489, *in fine;* Dem., t. IV, no 62 *bis*, II.)

§ VI. — *Des effets de la réduction. Si l'action en réduction est réelle.*

Quel est l'effet de la réduction quant aux legs?

645. — Quant aux legs, l'effet de la réduction est bien simple : elle les rend caducs, pour le tout, si le *de cujus* a déjà absorbé son disponible par des libéralités par acte entre-vifs, ou jusqu'à concurrence de la réserve, s'il a laissé dans sa succession la totalité ou au moins une fraction de son disponible.

Art. 929.

Quel est l'effet de la réduction quant aux donations?

Quid, si la donation a eu pour objet des choses qui se consomment *primo usu*?

Quid, dans le cas contraire?

Ne faut-il pas alors distinguer si le donataire a ou non aliéné les objets soumis à réduction

Quant aux donations, plusieurs distinctions sont nécessaires : Ont-elles eu pour objet des choses qui se consomment *primo usu*, telles qu'une somme d'argent, des denrées..: la réduction a pour effet de résoudre la donation, et, en conséquence, de constituer le donataire débiteur, non pas des choses mêmes que le *de cujus* lui a données, mais d'une même somme ou d'objets semblables en qualité et quantité à ceux qu'il a reçus. Ont-elles eu pour objet des choses qui ne se consomment point *primo usu* : une sous-distinction est nécessaire : les règles seront, en effet, différentes, suivant que l'action s'exercera contre le donataire lui-même ou contre des tiers-acquéreurs des biens compris dans la donation.

S'il ne les a pas aliénés, quel est l'effet de la réduction?

646. — 1er CAS. *Le donataire était encore, au moment de l'ouverture de la succession, propriétaire des biens qui lui ont été donnés; c'est contre lui qu'est dirigée l'action en réduction.* — Toute donation est tacitement faite sous cette condition, qu'elle sera résolue si elle porte atteinte à la réserve. L'effet d'une condition résolutoire est de remettre les choses au même état qu'auparavant (art. 1183) : la réduction a donc pour effet d'anéantir rétroactivement la donation, c'est-à-dire de la faire considérer comme si elle n'avait jamais existé : les biens qu'elle avait pour objet sont réputés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur, le donataire est réputé n'en avoir jamais eu la propriété.

De là suit : 1° que l'immeuble que la réduction fait rentrer dans la succession y rentre franc et libre de toutes dettes ou hypothèques créées par le donataire : c'est la même théorie que celle que nous avons étudiée sous l'art. 865 (voy. le n° 411); — 2° que le donataire ou le créancier auquel il a consenti une hypothèque n'ont pas le droit de conserver, l'un, la propriété, la chose sujette à la réduction, l'autre, l'hypothèque qu'il a sur elle, en offrant de fournir ou de parfaire en argent le montant de la réserve : les biens réservés appartiennent *en nature* à l'héritier réservataire, on ne peut pas le forcer de se contenter de leur valeur estimative.

Art. 928.

Le donataire soumis à la réduction est-il comptable des fruits qu'il a perçus?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard?

647. — Quoique le donataire soit réputé n'avoir jamais eu la propriété des biens sujets à réduction, la loi l'autorise néanmoins à conserver pour lui tous les fruits qu'il a perçus jusqu'au jour du décès du donateur. Cette retenue des fruits ne cause aucun préjudice aux héritiers réservataires : car, si le *de cujus* les eût perçus lui-même, il les aurait dépensés, *lautius vixisset* (voy.,

sous les nos 403 et 404, une décision analogue en matière de rapport).

Quant aux fruits, civils ou naturels (1), que le donataire a perçus depuis le décès du donateur, il en doit compte *du jour même du décès*, si la demande en réduction a été formée dans *l'année;* si non, il ne les doit qu'à compter *de la demande.*

En ce qui touche les fruits, quelle différence y a-t-il entre la *réduction* et le *rapport?*

Nous avons vu, au contraire, que le donataire soumis au *rapport* cesse de gagner les fruits à compter *du décès du donateur*, lors même que la demande en rapport est formée contre lui *plus d'un an* après la même époque.

Quel est le motif de cette différence?

Cette différence entre le *rapport* et la *réduction* est fort raisonnable. Le donataire qui succède au donateur ne peut pas ignorer l'obligation dont il est tenu envers la succession. Il sait qu'il doit rapporter tout ce qu'il a reçu du défunt sans clause de préciput; le retard que ses cohéritiers mettent à le poursuivre n'est point de nature à lui faire croire qu'il n'est point soumis au rapport des choses qui lui ont été données. Il possède donc sciemment et, par conséquent, de mauvaise foi la chose sujette à rapport; or, les possesseurs de mauvaise foi sont comptables de tous les fruits qu'ils perçoivent (art. 549). — Il n'en est pas de même du donataire soumis à *réduction*. La donation qu'il a reçue sera-t-elle ou ne sera-t-elle point réductible? Il ne le sait pas *à priori* (voy. le n° 621); il ne le sait même pas au moment du décès du donateur: car ce n'est qu'après des estimations et des calculs assez compliqués qu'on peut reconnaître si la quotité disponible a été ou non dépassée. Il peut le craindre sans doute; mais, si les héritiers réservataires gardent le silence pendant plus d'un an, cette longue inaction de leur part est bien de nature à lui faire croire que la réserve n'a point été entamée. L'erreur dans laquelle il est à cet égard est légitime. Or, les possesseurs de bonne foi ne doivent compte que des fruits qu'ils ont perçus depuis le jour où une demande en restitution a été formée contre eux (art. 549).

Art. 930.

Si le donataire a aliéné les biens sujets à réduction, cette aliénation est-elle nulle?

Ne devrait-elle pas l'être si l'on ne consultait que les règles du droit commun?

Pourquoi la loi la maintient-elle?

La maintient-elle dans tous les cas?

648. — 2e CAS. *Le donataire a aliéné les biens sujets à réduction.* — Si nous ne consultions que le droit commun, nous dirions: « Le donataire, qui n'avait sur ces biens qu'une propriété soumise à une condition résolutoire, n'a pu transmettre qu'une propriété soumise à la même condition: car *nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse habet.* Les héritiers réservataires, qui auraient pu revendiquer contre le donataire, s'il eût conservé les biens que le *de cujus* lui a donnés, peuvent donc également les revendiquer contre ses ayant-cause, c'est-à-dire contre ceux qui les tiennent de lui. » Nous ferions, en un mot, à l'aliénation, de même qu'à la constitution d'hypothèque (voy. le n° 646), l'application de la règle: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Mais, afin de favoriser la circulation des biens en assurant la

(1) La règle établie est, en effet, générale. Elle embrasse, par conséquent, les *intérêts* des sommes données, tout aussi bien que les *fruits* des autres choses (M. Demol., t. II, n° 611. — *Contrà*, Dem., t. IV, n° 66 *bis*, II).

sécurité de la propriété, la loi a cru devoir apporter un tempérament à cette logique rigoureuse du pur droit. Elle a, par une distinction fort sage, concilié l'intérêt des héritiers réservataires avec la protection qu'elle doit à la stabilité de la propriété. En principe, les aliénations consenties par le donataire sont maintenues. La réduction s'effectue alors par équipollent : le donataire fournit ou parfait la réserve *avec ses biens personnels*. Le droit des réservataires se trouve, il est vrai, un peu modifié, puisqu'ils sont contraints de recevoir en argent la réserve qu'ils auraient pu exiger en nature ; mais c'est un petit sacrifice que la loi a cru devoir leur imposer dans l'intérêt de la société.

Si le donataire ne peut pas, avec ses biens personnels, fournir ou parfaire la réserve, s'il est insolvable, on conçoit qu'alors le maintien des aliénations qu'il a consenties serait injuste, puisqu'il aurait pour effet d'enlever aux héritiers la réserve que la loi leur accorde. On revient donc au droit commun. La règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, reçoit son application : les héritiers sont autorisés à revendiquer les biens réservés partout où ils les trouvent.

Quid, si les biens sujets à réduction et aliénés par le donataire étaient mobiliers ?

Toutefois, si ces biens sont *mobiliers* et si ceux qui les détiennent les ont reçus de bonne foi, la demande des héritiers réservataires peut être repoussée par application de la règle qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279). — J'ajoute que, dans tous les cas, les tiers-acquéreurs des biens réservés peuvent, en offrant d'en payer la valeur estimative, conserver en nature les biens meubles ou immeubles dont les héritiers réservataires poursuivent la revendication. La loi veut, en effet, que l'aliénation des biens réservés soit respectée, lorsque le donataire qui les a aliénés offre de parfaire ou de fournir en argent la réserve des héritiers ; or, nul principe, que je sache, ne s'oppose à ce que ce droit soit exercé, du chef du donataire, par ses ayant-cause. Qu'importe aux héritiers réservataires qu'ils soient payés par telle ou telle personne, pourvu qu'ils le soient !

Les tiers acquéreurs des biens soumis à réduction n'ont-ils pas un moyen de les conserver ?

En résumé, les héritiers réservataires peuvent revendiquer contre les tiers les biens réservés qu'ils détiennent, mais sous la condition d'établir préalablement l'insolvabilité du donataire. Ils établissent son insolvabilité *en le discutant*, c'est-à-dire en faisant vendre ses biens personnels.

En ce qui touche l'aliénation des biens par le donataire, quelle différence y a-t-il entre la réduction et le rapport ?

En matière de *rapport*, au contraire, cette action en revendication n'est jamais admise (voy. le n° 413). Quant au motif de cette nouvelle différence entre la réduction et le rapport, je ne l'aperçois point : je la constate sans pouvoir l'expliquer.

L'action en réduction contre les tiers acquéreurs s'exerce-t-elle *de la même manière* que l'action en réduction contre les donataires restés propriétaires des biens réductibles ?

649. — L'action en revendication des héritiers réservataires contre les tiers-acquéreurs des biens sujets à réduction s'exerce « *de la même manière et dans le même ordre* que contre les donataires eux-mêmes » (art. 930). *De la même manière*..... Cela n'est pas très-exact : car les donataires restés possesseurs des biens réservés subissent la réduction *en nature* (voy. le n° 644), tandis que les tiers-

acquéreurs peuvent les conserver en offrant de payer leur valeur estimative (voy. le n° 648).

Dans quel ordre s'exerce l'action en revendication des héritiers réservataires contre les tiers acquéreurs des biens sujets à réduction?

Dans *le même ordre*..... Plusieurs aliénations ont été faites, non pas par le même donataire, mais par des donataires différents : dans cette hypothèse, l'héritier à réserve doit poursuivre d'abord les biens qui ont été aliénés par le donataire le plus récent, et, en cas d'insuffisance, ceux qu'a aliénés le donataire qui le précède immédiatement, et ainsi de suite.

Si *le même donataire*, au lieu d'aliéner en bloc le bien ou les biens compris dans la donation, a fait des aliénations successives à des personnes différentes, l'action contre les acquéreurs doit être exercée suivant l'ordre des *aliénations*, en commençant par la plus récente, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes.

Ainsi, s'agit-il d'aliénations faites *par des donataires différents* : on suit, pour opérer la réduction contre les tiers acquéreurs, l'ordre des *donations*. S'agit-il d'aliénations successives faites *par le même donataire* à des personnes différentes : c'est alors l'ordre des *aliénations* qu'il faut suivre.

Lorsque le donataire a constitué sur les biens réductibles une servitude réelle ou personnelle, cette charge est-elle, comme l'hypothèque, résolue par l'effet de la réduction, ou est-elle maintenue, de même que l'aliénation?

650. — Le créancier qui a, du chef du donataire, acquis une *hypothèque* sur l'immeuble sujet à réduction, la perd par l'effet de la résolution rétroactive du droit du donataire (voy. le n° 646) ; l'acquéreur de l'immeuble le conserve, nonobstant cette résolution, lorsque la fortune privée du donataire suffit pour remplir la réserve des héritiers (voy. le n° 648). Si le donataire, au lieu d'hypothéquer l'immeuble ou de l'aliéner, a constitué sur lui une servitude réelle ou personnelle, cette charge sera-t-elle, comme l'hypothèque, résolue avec le droit du donataire, ou sera-t-elle maintenue comme l'acquisition de l'immeuble?

Plusieurs raisons me déterminent à prendre le premier parti.

1° L'art. 930 déroge au droit commun : il ne faut donc pas l'étendre, par analogie, d'un cas à un autre. Or, il ne protége que les tiers détenteurs *de l'immeuble*, et il est impossible de considérer comme détenteurs *de l'immeuble* ceux qui n'ont acquis sur lui qu'un démembrement de propriété, une simple servitude.

2° L'art. 929, dont la règle n'est qu'une application du droit commun, déclare éteintes les *dettes ou hypothèques* créées par le donataire qui subit la réduction. Sa disposition n'a donc pas exclusivement pour objet les *hypothèques ;* elle embrasse d'autres charges, qui ne sont point spécialement désignées. Or, quelles sont ces autres charges, si ce ne sont les servitudes réelles ou personnelles? Les rédacteurs ont évité de se servir du mot *charges*, parce qu'ils l'avaient déjà employé dans la rédaction du même article.

3° L'esprit du Code est plus favorable aux aliénations de la pleine propriété qu'aux charges constituées sur elle; c'est ainsi que le *rapport*, qui n'atteint point les aliénations consenties par le donataire (voy. le n° 413), anéantit rétroactivement toutes les

charges constituées par lui sur l'immeuble qu'il rapporte (voy. le n° 411).

§ VII. — *De la prescription de l'action en réduction.*

Par quel laps de temps se prescrit l'action en réduction? Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

651. — Deux cas doivent être distingués :

1er CAS. *Les biens sont restés en la possession du donataire.* — La prescription est de trente ans. En effet, toute donation étant tacitement faite sous la condition qu'elle sera résolue si elle entame la réserve, tout donataire *s'oblige personnellement* à restituer les biens qu'il reçoit, au cas où cette condition s'accomplirait; or, aux termes de l'art. 2262, la prescription *libératoire d'une obligation* s'accomplit par trente ans.

2e CAS. *Les biens sont possédés par un tiers.* — Le tiers possesseur, n'étant point *personnellement obligé* de les restituer, aura le droit de les garder dès l'instant qu'il les aura *acquis* par la prescription; or, la prescription *acquisitive de la propriété* immobilière s'accomplit, tantôt par trente ans, tantôt par dix ou vingt ans : par trente ans, lorsque celui qui les possède sait qu'ils appartiennent à autrui (art. 2262); par dix ou vingt ans, quand il possède de bonne foi et en vertu d'un juste titre (art. 2265).

Dans l'un et l'autre cas, de quel jour court la prescription?

Dans les deux cas que je viens d'examiner, la prescription ne commence à courir qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession : car, jusque-là, le droit à la réserve n'est pas encore né. Tant que le donateur est vivant, son parent *réservataire présomptif* n'a aucun titre pour agir contre ceux qui possèdent les biens sur lesquels il n'a actuellement aucun droit; or, *contrà agere non valentem, non currit præscriptio.*

§ VIII. — *Différences entre le* RAPPORT *et la* RÉDUCTION.

Quelles différences y a-t-il entre le rapport et la réduction?

652. — 1° Le rapport a pour but de maintenir l'égalité entre héritiers (voy. les nos 368 et s.). — Le droit de réduction est fondé sur des considérations morales : il a surtout pour but d'assurer des aliments à certains parents privilégiés (voy. le n° 592).

2° Le rapport est de droit commun : tout héritier *ab intestat* a le droit de l'exiger (voy. le n° 405). — Le droit de réduction est une faveur spéciale, un privilége, que la loi n'accorde qu'à certains héritiers (voy. le n° 592).

3° Le rapport est dû par les *héritiers donataires* sans clause de préciput; la réduction, par les héritiers donataires, avec clause de préciput, et par les donataires étrangers.

4° La libéralité faite sans clause de préciput à un successible est rapportable, alors même qu'elle ne comprend qu'une faible partie du patrimoine du *de cujus*. — La réduction ne frappe que les libéralités exagérées, c'est-à-dire qui dépassent au moins le quart des biens, car le disponible n'est jamais au-dessous de ce chiffre.

5° On peut être dispensé du rapport par une clause de préciput (voy. les nos 316 et s.). — On ne peut jamais l'être de la réduction.

6° On peut se soustraire au rapport en renonçant à la succession du donateur (voy. le n° 373). — Le donataire soumis à réduction n'a aucun moyen de s'y soustraire.

7° En matière de rapport, les *immeubles* s'estiment d'après leur état *au moment de l'ouverture de la succession;* les *meubles*, d'après leur état *au moment de la donation* (voy. les nos 413, 423 et s.). — En matière de réduction, les *meubles* comme les *immeubles*, s'estiment d'après leur état *à l'époque de la donation*, et leur valeur *au moment de l'ouverture de la succession* (voy. les nos 631 et suiv.).

8° Les fruits des choses sujettes à rapport sont toujours dus à compter de l'ouverture de la succession (voy. les nos 403 et 404). — Les fruits des choses sujettes à réduction sont dus, tantôt du jour de l'ouverture de la succession, tantôt du jour de la demande en réduction : du jour de l'ouverture de la succession, lorsque la demande est formée dans l'année, à compter de cette époque; du jour de la demande, quand elle n'est formée qu'après l'année (voy. le n° 647).

9° L'aliénation de l'immeuble, consentie par le donataire qui doit le rapport, est *toujours* maintenue : *en aucun cas*, l'action en rapport ne peut être exercée contre les tiers acquéreurs (voy. le n° 413). — L'aliénation de l'immeuble, consentie par le donataire soumis à réduction, n'est pas valable, lorsque sa fortune privée ne suffit pas pour payer la réserve : l'acquéreur peut alors être évincé sur la poursuite de l'héritier réservataire (voy. le n° 648).

CHAPITRE IV. — DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION I. — DE LA FORME DES DONATIONS.

12e *Répétition.*

§ I. — *De la nature du contrat de donation.*

Art. 931.

Qu'est-ce qu'un contrat *consensuel?* Comment peut-on en prouver l'existence?

653. — Suivant le droit commun, les contrats se forment par le seul consentement des parties : dès que leurs volontés concourent, le contrat existe. Ainsi, j'offre de vous vendre ma maison à tel prix; vous acceptez : la vente est conclue, formée. Je suis obligé de vous livrer la maison que je vous ai vendue, vous êtes obligé de m'en payer le prix convenu ; j'ai cessé d'être propriétaire, et vous l'êtes devenu.

Peu importe que le contrat consensuel soit ou non constaté par écrit. A défaut d'acte, d'autres moyens de preuve sont ouverts aux parties : la preuve testimoniale, dans les cas où la loi admet ce genre de preuve (art. 1341 et s.), et, dans tous les cas, l'aveu

(art. 1354 et s., C. N.; 324, C. pr.), ou le serment (art. 1357 et suiv.).

L'écrit que dressent les parties, quand elles en rédigent un, intervient donc, non pas *ad solemnitatem*, comme un élément constitutif du contrat, mais seulement *ad probationem*, comme un moyen de preuve. Cet acte peut être authentique ou sous seing privé.

Les contrats de cette nature s'appellent *consensuels*, parce que le consentement des parties, indépendamment de toute formalité ou solennité, suffit à leur perfection.

Dans notre droit, les contrats sont, en principe, *consensuels;* mais, *par exception*, quelques contrats sont *solennels*, c'est-à-dire soumis, quant à leur perfection, à certaines formes prescrites par la loi (voy. le n° 1035).

La donation est-elle un contrat consensuel?

Le contrat de donation est bien certainement un contrat solennel. Cela résulte très-clairement de l'art. 893, où il est dit qu'on ne peut disposer par donation *que dans les* FORMES prescrites par la loi.

Peut-elle être faite sans écrit?

L'écrit qui la constate peut-il faire preuve en justice lorsqu'il est sous seing privé?

Les volontés qui doivent, par leur concours, former le contrat de donation ne sont *légalement* manifestées qu'autant qu'elles le sont devant un officier public, un notaire, qui en fait mention expresse dans un acte authentique dont il garde minute.

L'écrit est donc ici, non pas seulement *un moyen de preuve*, mais *un élément constitutif du contrat*, une forme, une solennité, en l'absence de laquelle le contrat ne saurait exister.

Je vous ai offert, en présence de plusieurs témoins, ma maison, et vous avez accepté: cette convention est-elle obligatoire?

Puis-je, sans danger, en faire l'aveu en justice?

Ainsi, lors même que les volontés concourent, bien qu'il y ait eu offre d'un côté et acceptation de l'autre, lors même qu'il existe un écrit qui constate l'accord des parties, leur convention est nulle et de nul effet, si elle ne s'est pas produite selon les formes nécessaires à sa perfection. Je vous ai offert ma maison, en présence de plusieurs personnes, et vous avez accepté : cette convention, bien que constatée dans un acte signé des parties, n'est qu'un pur fait destitué de tout effet civil (voy. cependant l'art. 1340); elle n'oblige pas le donateur, qui peut impunément en avouer l'existence. « Oui, peut-il dire, je vous ai offert ma maison et vous avez accepté; mais ma promesse n'était pas sérieuse : je l'ai faite sans liberté ou sans réflexion; elle ne m'oblige pas! »

L'art. 931 consacre ce système. Il y est dit, en effet, que « *tous actes portant donation* seront passés devant notaire, dans la forme ordinaire des *contrats*. »

« Tous actes portant donation... » La loi s'exprime mal. Elle veut dire : Toutes donations devront être passées par acte devant notaire.

Le principe que la donation n'est valable qu'autant qu'elle est faite selon les formes prescrites par l'article 931, ne souffre-t-il point des exceptions?

Tel est le principe. Mais, si absolu qu'il soit dans ses termes, il n'est cependant pas exclusif de toute exception. Nous verrons bientôt, en effet, que certaines donations sont dispensées des formes auxquelles, en général, les donations sont soumises (voy. les n°s 678 et s.).

« Dans la *forme* ordinaire des *contrats*..... » Ces expressions *forme* des *contrats* sont inexactes. Les *volontés* des parties, en effet, n'ont point de *forme;* or, ce sont ces volontés qui constituent *le contrat*. Un contrat n'a donc point de *forme!* La loi parle ici la langue de la pratique; elle prend le mot *contrat* comme synonyme du mot *acte*. Il fallait dire : Dans la forme ordinaire des *actes*.

La loi s'exprime-t-elle exactement lorsqu'elle dit que les donations seront reçues par un notaire dans la forme ordinaire des *contrats* ?

§ II. — *Des formes ou des solennités auxquelles est soumise la validité de la donation* (voy. les Form. 293 *bis* à 296 *bis*).

654. — I. *Acte notarié. Minute.* — La donation ne peut être valablement offerte et acceptée qu'en présence d'un notaire qui dresse acte de l'offre et de l'acceptation.

Quelles sont les formes ou solennités auxquelles est subordonnée la validité des donations ?

Est-il nécessaire que le second notaire ou les témoins assistent le notaire qui reçoit l'acte de donation ?

Suffit-il qu'ils signent l'acte de donation ?

Cet acte doit être dressé dans la forme ordinaire des actes notariés. La loi du 25 ventôse an XI *sur le notariat* détermine la forme de ces actes. Aux termes de l'art. 9, l'acte notarié doit être reçu par deux notaires, ou par un notaire *assisté* de deux témoins, ce qui évidemment devait être entendu en ce sens que le second notaire ou les témoins doivent *assister* le notaire qui reçoit l'acte, c'est-à-dire y participer par leur *présence* en même temps que par leur *signature*.

La pratique trouva ces formes gênantes; elle s'en affranchit. Le notaire qui recevait la convention en dressait l'acte en dehors de la présence du second notaire ou des témoins, et l'envoyait ensuite chez son confrère ou chez deux de ses voisins, qui y apposaient leur signature. Ce mode de procéder n'était rien moins qu'une violation flagrante de la loi.

Les donations faites sous l'empire de cet usage, n'étant point régulières, furent fréquemment attaquées devant les tribunaux. Quelques Cours d'appel les déclarèrent nulles ; d'autres les maintinrent comme valables. Mais, la Cour de cassation ayant décidé, en 1841, que la *présence* des témoins était nécessaire *à peine de nullité*, le législateur crut devoir intervenir. Une loi fut portée (21 juin 1843) qui, après avoir validé, par une disposition rétroactive, toutes les donations faites sous l'empire de l'ancien usage, exigea pour l'avenir la *présence* du second notaire ou des témoins au moment de la lecture et de la signature de l'acte (1).

655. — L'acte de donation doit être dressé en *minute*. La minute est l'original qui reste entre les mains du notaire, et dont il ne doit pas se dessaisir. Cet original s'appelle *minute*, parce qu'il est *minuté*, c'est-à-dire écrit en petits caractères, à la différence de la copie, qu'on appelle *grosse*, parce qu'elle est écrite en grosses lettres.

Qu'est-ce qu'un acte dressé en *minute?*

Un acte dressé en *brevet?*

Lorsque le notaire, au lieu de délivrer une copie de l'original,

(1) Mais, par une bizarrerie inexplicable, cette excellente règle ne s'applique qu'aux donations et à certains actes.

remet l'original lui-même aux parties, on dit alors que l'acte est rédigé en *brevet*.

Les notaires ne sont-ils pas tenus de garder la minute des actes qu'ils reçoivent ? Pourquoi y sont-ils tenus ? Le sont-ils toujours ?

Les conventions qui se font devant notaire réglementent ordinairement des intérêts considérables. Il importe donc que les actes qui sont destinés à en perpétuer le souvenir aient un caractère de stabilité qui les distingue des actes sous seing privé : aussi la loi veut-elle qu'en principe les notaires gardent minute des actes qu'ils dressent ; ce n'est que par exception, lorsqu'il s'agit d'actes peu importants, tels que des quittances de loyers, des certificats de vie, qu'elle autorise la rédaction d'un acte en *brevet*.

Pourquoi la loi veut-elle que les donations soient faites dans la forme authentique ?

656. — On demande souvent pourquoi la loi a rangé la donation parmi les contrats *solennels*, dans quel but elle exige qu'elle soit faite par acte authentique et avec minute : nous pouvons le dire maintenant.

Les donations enlèvent à la famille du donateur ses légitimes espérances ; souvent arrachées à la faiblesse, elles ne sont quelquefois que le résultat d'une haine injuste ou le prix de services qu'on n'avoue pas. La loi a dû, par conséquent, en subordonner la validité à l'observation de certaines formes propres à prévenir ces dangers ; or, les solennités qu'elle prescrit sont une garantie que les libéralités seront faites avec réflexion et liberté d'esprit : car la nécessité de se présenter devant un officier public appelle l'attention du donateur : elle lui fait comprendre l'importance de l'acte qu'il va faire, en même temps qu'elle intimide ceux qui exploitent sa faiblesse ou ses passions.

Pourquoi exige-t-elle que le notaire en garde la *minute* ?

Quant à la *minute*, elle est nécessaire pour assurer l'*irrévocabilité* de la donation. Déposée dans les archives d'un officier public, il n'y a pas à craindre qu'elle s'égare ou qu'elle soit frauduleusement soustraite : le donataire la retrouvera toujours, et, si le donateur, soutenant n'avoir point donné, revendique contre lui, elle lui fournira sa défense. Il n'en serait pas de même si l'acte était rédigé en brevet : l'original de la donation, restant alors entre les mains du donataire, serait exposé à de nombreuses chances de perte ; le donateur, qui ne craindrait pas de recourir à la fraude, pourrait même facilement le lui soustraire.

Art. 932.

Quelles sont les formes et conditions de l'acceptation ? Peut-elle être *tacite* ?

657. — II. *Des formes et conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'acceptation.* — Deux choses doivent être distinguées dans l'acceptation : *l'acceptation même* et la *solennité* de l'acceptation.

L'*acceptation* est le consentement donné par le donataire à l'offre du donateur. — La *solennité* de l'acceptation consiste dans la *mention* qui doit en être faite, *en termes exprès*, dans l'acte de donation.

Ainsi, la volonté d'accepter ne s'induit d'aucune circonstance : que le donataire ait été présent à l'acte et que l'acte en fasse mention, qu'il l'ait signé, qu'il ait été mis en possession de l'immeuble offert, tous ces indices réunis, si concluants qu'ils puissent être, ne la font point présumer.

Toutefois, il n'est pas absolument nécessaire que le notaire emploie le mot *acceptation* : ce terme n'est point sacramentel. La loi, il est vrai, ne se contente pas d'une acceptation quelconque : elle veut que le consentement du donataire soit mentionné, *exprimé* dans l'acte ; mais elle ne détermine point les expressions qui doivent être employées dans cette mention. La mention conçue en ces termes : « Le donataire a déclaré *recevoir*... » serait, par conséquent, régulière.

Est-il nécessaire d'employer, pour la faire, le mot *accepter*?

J'ai expliqué et justifié la nécessité de l'*authenticité* et de la *minute*. Quant à la *solennité* de l'acceptation, rationnellement elle est inexplicable; on sait qu'elle fut imaginée en haine des donations et dans le but avoué de multiplier autour d'elles les chances de nullité (voy. le n° 524).

Pourquoi la loi veut-elle qu'elle soit faite en termes *exprès*?

658. — III. *Dans quels actes l'acceptation peut être exprimée et à quel moment elle peut l'être.* — L'offre et l'acceptation se font, le plus habituellement, en même temps, devant le même notaire, qui rapporte, dans un seul et même acte, l'offre qu'a faite le donateur et l'acceptation de l'offre par le donataire.

Est-il nécessaire que l'offre et l'acceptation soient faites en même temps, par un seul et même acte?

Mais il n'est pas de l'essence de la donation qu'elle soit ainsi faite : les volontés qui concourent à sa perfection peuvent être manifestées séparément, à des époques différentes, soit devant le même notaire, soit devant deux notaires procédant par des actes distincts et séparés. — L'acceptation qui n'est point faite en la présence du donateur n'est valable, à l'égard de ce dernier, qu'à partir du moment où elle lui a été *notifiée*. Nous avons alors trois faits distincts, séparés les uns des autres par un intervalle de temps : l'offre, l'acceptation de l'offre, et la notification de l'acceptation au donateur. La donation est-elle parfaite à partir de l'*acceptation*, ou à partir de la *notification*? Suffit-il que le donateur soit capable au moment de l'acceptation? ne faut-il pas, au contraire, qu'il le soit encore au moment de la notification? Le donataire doit-il être capable de recevoir au moment de l'acceptation et au moment de la notification? La notification peut-elle être valablement faite *après* la mort du donateur, c'est-à-dire à ses héritiers? Peut-elle l'être après la mort du donataire, c'est-à-dire par ses héritiers? Ces questions ont été examinées et résolues sous les n°s 584 et suivants.

Est-il nécessaire que ce soit le même notaire qui reçoive l'offre et l'acceptation?

Lorsque l'acceptation n'est pas faite en même temps que l'offre, produit-elle son effet dès que l'acte qui la constate en est dressé?

Dans cette hypothèse, la donation est-elle parfaite au moment de l'acceptation, ou seulement au moment de la notification de l'acceptation?

A quels moments faut-il alors que le donateur et le donataire soient capables? — La notification peut-elle être utilement faite, après la mort du donateur, à ses héritiers? — Peut-elle l'être par les héritiers du donataire?

659. — IV. *Par quelles personnes doit être faite l'acceptation.* — Il faut ici distinguer plusieurs cas :

Art. 933.

Par quelles personnes doit être faite l'acceptation?

1° *Donation offerte à un majeur non interdit.* — Elle doit être acceptée soit par le donataire lui-même, soit par un mandataire.

Quid, si la donation est offerte à un majeur?

Dans ce dernier cas, l'acceptation n'est valable qu'autant que trois conditions concourent. Il faut :

Un mandataire peut-il accepter pour lui? Quel mandat doit-il avoir à cet effet?

a. Que le mandataire accepte en vertu d'une procuration portant pouvoir d'accepter l'offre actuellement faite au donataire ou un pouvoir général d'accepter les donations qui pourront lui être offertes. Ainsi, il est indispensable que le mandataire soit muni d'un pouvoir spécial ou au moins d'un pouvoir ayant trait *à des*

acceptations de donations: le pouvoir général d'*administrer* les biens du donataire, de faire tous actes qui interessent ou intéresseront sa fortune, de faire tous les actes qu'il pourrait faire lui-même, est insuffisant (voy., à ce sujet, l'art. 1988).

Est-il nécessaire que l'acte qui constate le mandat soit authentique?

b. Que la procuration soit authentique, reçue par un notaire. Elle doit être authentique, parce qu'en cette matière la loi veut que la manifestation des volontés soit certaine, incontestable, telle, en un mot, que la donation soit stable, définitive, irrévocable. L'acceptation faite en vertu d'une procuration sous seing privé n'eût point présenté ce caractère de certitude, si nécessaire à l'irrévocabilité de la donation: car le donateur aurait pu, en déniant la signature du donataire, élever des difficultés sur l'existence même de la procuration.

Pourquoi cet acte doit-il être authentique?

c. Qu'une *expédition* de la procuration soit annexée à la minute de l'acte de donation ou de l'acte d'acceptation.

Doit-il être dressé en minute?

660. — La procuration doit-elle être passée *en minute?* La question est controversée. Cependant l'affirmative résulte bien clairement du texte. Qu'exige-t-il, en effet? L'annexe d'une *expédition* de la procuration à l'acte de donation ou d'acceptation! L'annexe de l'*original* de la procuration ne suffit donc point! Il est vrai que l'annexe du *brevet* présente les mêmes garanties que l'annexe d'une *expédition;* mais tout est de rigueur en cette matière. La mention expresse de l'acceptation dans l'acte de donation n'est certes pas très-utile, et cependant la loi l'exige à peine de nullité (1)!

L'acceptation peut-elle être faite au nom du donataire par un tiers qui se porte fort pour lui?

661. — L'acceptation devant être faite par le donataire ou par son mandataire muni d'une procuration spéciale, il en résulte qu'elle ne peut pas l'être par un tiers qui se porte fort pour le donataire absent.

Par qui la donation doit-elle être acceptée quand elle est offerte à un majeur muni d'un conseil judiciaire?

662. — 2° *Donation offerte à un majeur muni d'un conseil judiciaire.* — Elle doit être acceptée par lui-même. Il n'a besoin d'aucune autorisation : car celui qui a un conseil judiciaire peut tout ce qui ne lui est pas défendu, et aucun texte ne lui défend d'accepter les donations qui lui sont offertes (art. 499 et 513).

Art. 934.

Lorsqu'elle est offerte à une femme *mariée?*

663. — 3° *Donation offerte à une femme mariée.* — Elle doit être acceptée par la femme, avec l'autorisation de son mari (art. 217 et 219). Il importe, dans l'intérêt des bonnes mœurs, autant que dans l'intérêt de la puissance maritale, que le mari sache et approuve les causes de la libéralité offerte à sa femme. Toutefois, son refus d'autorisation pouvant être injuste, la loi permet d'y suppléer par l'autorisation de la justice.

Art. 935.

A un mineur non émancipé?

664. — 4° *Donation offerte à un mineur non émancipé.* — Si ce mineur a un tuteur, et si ce tuteur n'est pas son ascendant, elle

(1) MM. Dur., t. VIII, no 431; Marc., sur l'art. 938. — *Contra,* MM. Dem., t. IV, no 72 *bis*, III; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 476; Demol., t. III, no 161. « L'art. 933, disent ces derniers auteurs, déclare bien que la procuration devra être *notariée;* mais il n'ajoute pas, comme l'art. 931, qu'*il en restera minute, à peine de nullité.*

doit être acceptée par le tuteur lui-même avec l'autorisation du conseil de famille.

« Elle *doit* être acceptée... » D'où il suit qu'au cas de révocation de l'offre, le tuteur qui a négligé de l'accepter en temps utile est responsable, envers son mineur, du dommage qu'il lui a causé en ne satisfaisant pas à cette obligation.

Pourquoi le tuteur a-t-il besoin de l'autorisation du conseil de famille pour accepter la donation offerte au mineur?

« *Avec l'autorisation du conseil de famille...* » Dans quel but cette autorisation ? Le mineur court-il donc un danger ?

On a dit : « Les donations sont quelquefois immorales dans leur but : elles déshonorent celui qui les reçoit, comme celui qui les fait. De là la nécessité de consulter la famille de l'enfant auquel elles sont offertes. » Ce motif est satisfaisant.

On a dit encore : « La donation, pouvant être faite sous certaines charges, est peut-être onéreuse pour le donataire : c'est donc au conseil de famille qu'il appartient de décider s'il est ou non utile qu'elle soit acceptée. » Ce second motif est-il juste? Oui, si l'on se place dans le système de ceux qui soutiennent qu'une donation faite sous certaines charges est obligatoire pour le donataire ; non, si l'on se place dans le système contraire (voy. les nos 720-721).

La donation offerte à un mineur non emancipé peut-elle être acceptée par d'autres personnes que le tuteur?

Les ascendants du mineur sont-ils *obligés* de l'accepter?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Faut-il qu'ils soient autorisés du conseil de famille?

Pourquoi cela n'est-il pas nécessaire?

665. — Le *tuteur* qui est en même temps *le père ou la mère*, ou tout autre *ascendant* du mineur, est, comme un tuteur étranger, *obligé*, à peine de dommages-intérêts, d'accepter l'offre de libéralité qui est faite à son enfant; mais il n'est pas tenu d'obtenir préalablement l'autorisation du conseil de famille. On peut tirer de là un argument dans le sens de ceux qui soutiennent que, si une donation peut intéresser l'*honneur* du donataire, elle ne peut jamais lui nuire *pécuniairement*. En effet, si la donation faite sous certaines charges était *obligatoire* pour le donataire, on comprend que la loi exigerait dans tous les cas l'autorisation du conseil de famille. Si cette autorisation n'est pas nécessaire quand l'acceptation est faite par un *ascendant*, c'est, peut-on dire, parce que la donation n'est compromettante que sous un rapport *purement moral*.

La mère du mineur peut-elle accepter du vivant du père?

Les ascendants peuvent-ils accepter même du vivant du père ou de la mère?

666. — Quant aux *ascendants* qui ne sont pas *tuteurs*, ils ont le *droit*, mais ils *ne sont pas obligés*, d'accepter les libéralités offertes à leur enfant mineur. Ce droit est accordé au père et à la mère, — à la mère, même du vivant du père, — aux ascendants, sans distinction de sexe, aux ascendants, même du vivant du père ou de la mère. La loi veut que les ascendants puissent accepter du vivant du père ou de la mère, que celle-ci puisse le faire du vivant de son mari, pour deux raisons : 1° parce qu'il est possible que les père et mère soient absents ; 2° parce que les père et mère peuvent avoir un intérêt personnel à empêcher la donation, ou refuser d'accepter parce qu'ils sont blessés de la préférence que le donateur accorde à leur enfant. Ainsi, un ascendant paternel offre une libéralité à son petit-fils : on conçoit que le père de l'enfant sera peu disposé à accepter une libéralité qui doit diminuer le pa-

trimoine qu'il considère éventuellement comme le sien ; dans cette hypothèse, l'acceptation peut être faite soit par la mère, soit par un autre ascendant. Quelqu'un offre une libéralité à un enfant, mais sous la condition que le père ou la mère n'aura point sur les biens qu'elle comprend le droit de jouissance légale (art. 387) ; le père ou la mère, blessé de cette condition, pourrait refuser d'accepter ; la loi prévient ce danger en accordant à tout autre ascendant le droit d'accepter pour l'enfant.

La mère peut-elle accepter malgré le père?

667. — La mère peut-elle accepter malgré le père ? L'affirmative est généralement admise. La mère, en acceptant la donation, n'agit point en sa qualité de femme mariée ; elle exerce, non pas son droit, mais celui de son enfant ; elle l'exerce en vertu d'un mandat que la loi lui a donné. Dès lors, elle n'a besoin d'aucune autorisation. — Mais, dira-t-on, la mère pourra donc faire pour son enfant ce qu'elle ne pourrait pas faire pour elle-même ! Pourquoi non? Porte-t-elle donc quelque atteinte à la puissance de son mari en acceptant la libéralité qui est faite à leur enfant ? Et d'ailleurs, la loi ne nous montre-t-elle pas qu'on peut faire pour un autre, quand on est son mandataire, ce qu'on ne pourrait pas faire pour soi-même ? Un mineur peut, en effet, recevoir le mandat d'aliéner les biens de son mandant, d'accepter les donations qui lui sont ou seront offertes, bien qu'il ne puisse pas faire ces actes pour lui-même (art. 1990).

Quelles personnes peuvent accepter la donation offerte à un interdit?

Ses ascendants le peuvent-ils lorsqu'ils ne sont point tuteurs?

668. — 5° *Donation offerte à un interdit.* — La donation doit être acceptée par son tuteur avec l'autorisation de son conseil de famille. Peut-elle l'être par ses père et mère ou par tout autre ascendant ? La loi ne le dit point ; mais on explique le silence qu'elle garde à cet égard par la règle de l'art. 509, qui assimile l'interdit au mineur (1).

Qui l'accepte lorsqu'elle est offerte à un mineur émancipé?

669. — 6° *Donation offerte à un mineur émancipé.* — Elle doit être acceptée par lui-même, avec l'assistance de son curateur ; l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire.

Art. 936.

A un sourd-muet qui sait écrire?

... qui ne sait pas écrire?

670. — 7° *Donation offerte à un sourd muet qui sait écrire.* — Elle doit être acceptée par lui-même ou par un fondé de pouvoir, conformément à la règle de l'art. 933.

671. — 8° *Donation offerte à un sourd-muet qui ne sait pas écrire.* — Elle doit être acceptée par un curateur nommé à cet effet, suivant les règles établies au Titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.*

Art. 937.

A un hospice, aux pauvres d'une commune, à des établissements publics?

672. — 9° *Donation offerte à un hospice, aux pauvres d'une commune, à un établissement d'utilité publique.* — Ces personnes sont incapables de recevoir ; toutefois, l'autorisation du Gouvernement

(1) Quelques personnes soutiennent que cette assimilation ne peut pas suppléer au silence de la loi. Ce n'est, disent-elles, qu'au point de vue de la *tutelle* que l'interdit est assimilé au mineur ; et, dans l'espèce, il s'agit, non pas d'une obligation imposée au *tuteur*, mais d'un droit que la loi accorde aux ascendants en leur seule qualité d'ascendants. (Marc., art. 935 ; Dem., t. IV, n° 74 *bis*, VII).

peut les relever de l'incapacité dont elles sont frappées. Mais cette autorisation ne vaut pas acceptation; elle donne seulement aux personnes qui l'obtiennent la faculté d'accepter. L'acceptation doit être faite par les administrateurs de l'hospice, de la commune ou de l'établissement public à qui la libéralité est offerte.

La donation acceptée par une personne incapable est-elle *nulle* ou seulement *annulable*?

673. — La donation acceptée par une personne incapable, par exemple, par un mineur, par une femme mariée non autorisée, est-elle *nulle* ou seulement *annulable?* En d'autres termes, la nullité de cette acceptation est-elle opposable par le donateur au donataire? Quoique cette question soit l'objet de très-vives controverses, je crois qu'il faut, sans hésiter, la résoudre dans l'intérêt de l'incapable. Selon le droit commun, l'incapacité des mineurs, des interdits..., est introduite dans leur intérêt exclusif; eux seuls peuvent l'invoquer, à l'effet de faire annuler les actes qu'ils ont passés: incapables de s'obliger, ils peuvent valablement obliger ceux qui contractent avec eux (art. 1125). Cette règle est aussi rationnelle qu'elle est conforme à l'équité : il faut donc l'appliquer, si la loi n'y déroge pas par une disposition formelle. Or, les art. 933 et suivants n'y portent aucune atteinte; l'art. 934 renvoie même aux art. 217 et 219, qui font, à un cas particulier, l'application de notre principe. — On fait contre ce système deux objections :

1° Tout ce qui est relatif au mode d'acceptation, l'autorisation du conseil de famille, l'autorisation du mari, l'assistance du curateur, la désignation de la personne par qui l'acceptation peut être faite, tient à la *forme* de la donation; la preuve, c'est que les art. 933 et suivants, qui réglementent la manière dont l'acceptation doit être faite, font partie de la *Section* sous laquelle la loi traite *des formes* de la donation. Or, l'acceptation qui n'est point faite selon les *formes* légales est nulle et sans effet; si elle est *nulle*, elle n'oblige personne.

Mais, répondrai-je, la rubrique de la *Section* sous laquelle sont placés les art. 933 et suivants *n'est pas exacte*; elle ne l'est pas, puisqu'il y est traité de sujets complétement étrangers à la *forme* des donations, et notamment de la règle *donner et retenir ne vaut*. Les règles qui déterminent les conditions nécessaires à la validité de l'acceptation d'une donation offerte à un incapable ont pour objet, non pas la *forme* de la donation, mais la *capacité* du donataire.

2° La donation *dûment* acceptée est *parfaite* (art. 938); la donation n'est *dûment* acceptée qu'autant qu'elle l'a été conformément aux conditions prescrites par les art. 933 et suivants : donc elle est *imparfaite* ou *nulle* si ces conditions n'ont pas été observées.

L'objection n'est que spécieuse. Il y a une grande différence entre une donation *nulle* et une donation *imparfaite :* une donation *annulable* est certainement une donation *imparfaite :* l'art. 933 laisse dès lors entière la question de savoir si la donation qui

n'a pas été dûment acceptée est *nulle* ou seulement *annulable* (1).

La donation offerte à une personne de mainmorte et acceptée sans l'autorisation du Gouvernement est-elle *nulle* ou *annulable?*

Je reconnais toutefois que la donation acceptée par un établissement public, un hospice..., sans l'autorisation du Gouvernement, est *nulle*, tant à l'égard du donateur qu'à l'égard du donataire : dans ce cas, en effet, le donataire est frappé de l'*incapacité* de recevoir, et son incapacité, au lieu d'être établie dans son *intérêt personnel*, a été introduite dans l'intérêt du donateur, ou au moins dans l'intérêt de sa famille et de l'Etat (voy. le n° 551, 4°) : c'est une nullité d'ordre public.

Art. 948.

Les donations qui ont pour objet des effets mobiliers ne sont-elles pas soumises, pour leur perfection, à une formalité particulière?

674. — V. *Etat estimatif des objets mobiliers compris dans la donation.*—Tout acte de donation d'effets mobiliers n'est valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire ou de ceux qui acceptent pour lui, est annexé à la minute de la donation.

Pourquoi la loi exige-t-elle que l'acte de donation soit accompagné d'un état estimatif des objets qu'elle comprend?

Le motif et l'utilité de cette forme de la donation se tirent de l'ancienne règle *donner et retenir ne vaut.* Quelques-uns des anciens jurisconsultes poussaient si loin l'application de cette règle, qu'ils considéraient la tradition réelle et effective de la chose donnée comme une condition essentielle de la validité de la donation : suivant eux, la donation n'était pas *irrévocable* tant que le donateur conservait la possession de la chose donnée. D'autres, moins rigoureux, se contentaient d'une tradition feinte. Enfin, quelques-uns soutenaient que la tradition n'était pas nécessaire. Ricard indiqua un moyen terme entre ces opinions diverses. Il proposa de suppléer à la tradition réelle par une *énumération individuelle* des meubles compris dans la donation. Cette énumération individuelle parut suffisante pour assurer l'*irrévocabilité* de la donation. Je vous offre, et vous acceptez, *tous les meubles* qui sont dans ma maison ; le notaire dresse acte, et dans les mêmes termes, de la convention que nous avons faite. Cette convention, si elle était valable, serait-elle réellement *irrévocable?* Non, certes : car le donateur, rentré chez lui, pourrait faire disparaître tel ou tel objet, ou remplacer tel objet par tel autre objet de moindre valeur. Or, la preuve de ce détournement étant extrêmement difficile, souvent même impossible, la donation serait, *en fait*, révocable au gré du donateur. On conçoit, au contraire, que ce moyen de révocation n'est plus possible si l'acte de donation contient une énumération individuelle des objets qu'elle comprend.

L'état *énumératif* des objets individuels compris dans la donation fut donc admis *comme moyen de suppléer à la tradition des choses données :* aussi n'était-il point nécessaire lorsque la tradition avait lieu *au moment de la formation du contrat.* La tradition réelle des objets, on le conçoit, assurait, mieux encore que leur énumération individuelle, l'irrévocabilité de la donation.

(1) MM. Toullier, t. I, n° 661, et t. III, n°s 193 et 196; Val.; Marc., art. 935; Demol., t. III, n° 219. — *Contrà*, MM. Dem., t. IV, n° 73 *bis;* Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 461.

Le Code a reproduit la même théorie; il l'a reproduite dans le même but : j'en conclus que l'état estimatif des objets que l'on donne n'est nécessaire qu'au cas où la tradition des choses données n'a pas lieu *en même temps que la donation*.

L'état estimatif est-il nécessaire lorsque la tradition des choses données a lieu en même temps que la donation?

675.—Il suffisait, sous l'empire de l'Ordonnance de 1731, que l'état annexé à la donation fût *énumératif* des objets qu'elle comprenait; le Code exige qu'il soit tout à la fois *énumératif* et *estimatif*.

Pourquoi un état simplement énumératif des objets qu'elle comprend n'est-il point suffisant?

L'*estimation* assure, mieux encore que la simple *énumération* des objets, l'irrévocabilité de la donation. Je suppose, en effet, que le donateur détourne quelques-unes des choses données, par exemple, un cheval valant 500 fr. : s'il n'existe point d'estimation, le donateur pourra prétendre que l'objet détourné ne valait que 300 ou 400 fr.; or, comment le donataire prouvera-t-il qu'il en valait 500? Cette preuve serait souvent impossible. Le donateur aurait donc, *en fait*, un moyen de reprendre une portion de ce qu'il a donné.

Cet état estimatif n'a-t-il d'autre utilité que d'assurer l'irrévocabilité de la donation?

676.—Cette estimation est utile sous plusieurs autres rapports :

Quels sont ses autres avantages?

1° Si le donataire succède au défunt, elle détermine ce qu'il doit rapporter à la succession (art. 868).

2° Si la donation dépasse la quotité disponible, elle fournit un élément de calcul pour déterminer, au cas où les choses données ont péri par la faute du donataire, ce qu'elles vaudraient au moment de l'ouverture de la succession si elles existaient encore.

3° En cas de révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, d'ingratitude ou de survenance d'enfant, elle fixe la valeur que doit rendre le donataire qui a fait périr par sa faute ou qui a aliéné les objets compris dans la donation.

4° Lorsque le donateur s'est réservé l'usufruit des choses données, elle sert à déterminer le montant des dommages-intérêts que le donataire peut réclamer du donateur qui, par sa faute, a fait ou laissé périr les objets dont il avait conservé la jouissance.

En l'absence de l'état estimatif, la donation est nulle; mais qu'arrive t-il, si le donateur l'exécute volontairement?

677. — En l'absence de l'état estimatif, la donation, quoique offerte et acceptée par-devant un notaire qui en a dressé acte, est *nulle*. Le donateur peut refuser de l'exécuter. Mais, s'il l'exécute, si volontairement il fait tradition des choses données, il ne peut point, en les revendiquant, en évincer le donataire. Ce n'est pas que je veuille dire que cette exécution soit une *ratification* de la donation, car une donation *nulle* ne peut pas être ratifiée par le donateur (art. 1339); mais cette exécution constitue une donation nouvelle, qui doit être maintenue à titre de don *manuel*. Ces sortes de donations sont, en effet, ainsi que nous allons le voir, affranchies des formes ordinaires.

§ III. — *Des libéralités qui sont dispensées des formes.*

Quelles sont les libéralités qui sont dispensées des solennités

678. — En sont dispensées :

1° *Les libéralités qui consistent dans l'*ABANDON D'UN DROIT. —

auxquelles les donations en général sont soumises?

Telles sont, par exemple, la renonciation qu'un créancier fait de sa créance, ou celle qu'un usufruitier fait de son droit d'usufruit. Ces renonciations, véritables libéralités quant *au fond*, ne sont soumises à aucune formalité particulière (voy. les nos 1421-1424). La loi les favorise, parce qu'en libérant les débiteurs, en affranchissant la propriété des servitudes qui la grèvent, elles font cesser un état de choses qui d'ordinaire est fécond en procès (1).

679. — 2° *Les libéralités stipulées dans l'intérêt d'un tiers, comme condition d'un contrat à titre onéreux qu'on fait pour soi-même.* — C'est l'hypothèse prévue par l'art. 1121. Je vous vends ma maison 50,000 fr. et à la charge par vous de payer à mon frère une rente viagère de 500 fr. La charge que je vous impose contient virtuellement une offre de libéralité à mon frère : cette offre est valable lors même qu'elle n'est point faite par-devant notaire; elle peut également être acceptée de toute manière, verbalement ou par écrit, par acte authentique ou par acte sous seing privé, expressément ou tacitement (voy. les nos 1075-1079).

679 *bis*. — 3° *Les donations qui se combinent* ACCESSOIREMENT *avec* UN VÉRITABLE *contrat à titre onéreux* (voy. le no 681).

J'offre de vous donner, dans huit jours, la somme de... ou tels et tels autres objets mobiliers; vous acceptez cette offre; un acte sous seing privé est dressé, qui constate notre convention : est-elle valable?

680. — 4° *Les libéralités qu'on effectue au moyen de la tradition des choses qu'elles ont pour objet, lorsque ces choses sont* MOBILIÈRES *et* CORPORELLES ; en d'autres termes, *les dons manuels*. — Si j'entends conserver, jusqu'à une certaine époque, la chose que je vous offre et que vous acceptez, notre convention n'est obligatoire qu'autant qu'elle est faite en présence d'un notaire, selon les formes prescrites ; mais, si je suis prêt à vous livrer la chose offerte, ces formes deviennent inutiles : la donation peut alors être effectuée au moyen *d'une simple tradition*.

J'offre de vous donner et de vous livrer dès à présent telle somme ou tels objets mobiliers; vous acceptez et recevez la tradition des choses offertes : cette donation est-elle valable? En d'autres termes, les *dons manuels* sont-ils soumis aux formes prescrites pour la validité des donations ordinaires?

Démontrons cette proposition.

1° Quoique l'Ordonnance de 1731 subordonnât expressément la validité des donations à l'observation des formes qu'elle prescrivait, nos anciens auteurs décidaient que ces formes n'étaient pas applicables aux donations mobilières qui s'effectuaient au moyen d'une tradition des choses offertes; d'Aguesseau, le célèbre auteur de l'Ordonnance, le reconnaissait lui-même. Or, si le Code eût entendu abroger cette jurisprudence, il n'eût pas manqué de s'en expliquer expressément.

2° Le Code, loin d'abroger sur ce point l'ancienne jurisprudence, contient au contraire plusieurs dispositions qui la rappellent implicitement. C'est d'abord l'art. 852, qui dispense du rapport les *présents d'usage*. La loi considère ces *présents* comme des *donations*, puisqu'elle les dispense du *rapport*. Ce sont des donations *mobilières* : car, selon l'usage, on ne qualifie pas de *présent* une donation qui a pour objet un immeuble. Or, bien évidemment, les *pré-*

(1) Les actes portant renonciation à une servitude réelle ou personnelle sont aujourd'hui soumis à la formalité de la transcription (loi du 23 mars 1855, art. 1 et 2).

sents d'usage ne sont point soumis aux formes des donations ordinaires.

C'est ensuite l'art. 868, qui suppose qu'une donation de meubles peut être valable, même en l'absence *d'un état estimatif* des objets qu'elle comprend : il décide, en effet, que le rapport des meubles se fait sur le pied de la valeur qu'ils avaient au moment de la donation, et qu'*à défaut d'un état estimatif* cette valeur doit être déterminée par des experts. Il est vrai qu'on peut dire que la loi prévoitle cas où l'état estimatif, dressé au moment de la donation, ne se retrouve plus au moment du décès du donateur. Mais, s'il en était ainsi, elle ne se serait pas exprimée d'une manière aussi générale : elle eût prévu, non pas l'*absence*, mais la *perte* de l'état estimatif.

Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont-elles valables, même en l'absence des formes prescrites pour la validité des donations ?

681. — Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont-elles valables ? Un acte *sous seing privé*, fait double, signé de vous et de moi, porte que je vous ai vendu ma maison et que vous m'en avez payé le prix ; mais il est prouvé que je n'ai jamais eu l'intention d'exiger le prix porté dans l'acte, qu'il ne m'a pas été payé : la donation que nous avons ainsi déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux est-elle valable ?

La question peut paraître singulière : car elle revient à demander s'il est permis de violer la loi, ou, en d'autres termes, d'échapper à ses prescriptions par un mensonge. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence et beaucoup d'auteurs avec elle tiennent pour la validité des donations déguisées. Ce système a un avantage que je dois noter : il prévient les procès que ferait naître la question de savoir si le contrat qui se présente avec les caractères d'une convention à titre onéreux est bien ce qu'il paraît être, ou s'il n'est au fond qu'un libéralité déguisée.

Mais les raisons sur lesquelles on l'appuie sont si peu solides, les conséquences auxquelles il conduit sont si choquantes, qu'on peut, à bon droit, douter qu'il ait été consacré par la loi.

On sait que la loi voit les libéralités avec défaveur, et qu'en les tolérant, elle en subordonne la validité à des formes extrêmement rigoureuses. Parmi ces formes, les unes ont pour objet de protéger le donateur contre ses passions ou sa faiblesse (voy. le n° 656); les autres ne sont que des subtilités imaginées en haine des donations, et dans le but avoué de multiplier autour d'elles les chances de nullité (voy. le n° 524); d'autres enfin (la transcription) ont pour but de sauvegarder l'intérêt des tiers (voy. l'explic. de l'art. 941).

Or, que deviendra tout ce système de formes si la donation peut être valablement faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux? Il sera chaque jour éludé ! Il n'y aura plus de garantie contre la fraude, et toutes les précautions prises par la loi pour la prévenir deviendront inutiles. Comment croire que le législateur, après s'être montré si rigoureux, ait ensuite, abrogeant par une

loi la loi qu'il venait de faire, organisé un système tout de faveur; qu'il ait dit aux parties : « Toutes ces formes exigées *à peine de nullité* (art. 893, 931, 1339), l'authenticité, la rédaction de l'acte en minute, la mention dans l'acte et en termes exprès de l'acceptation du donataire, l'état estimatif, ne sont qu'un vain épouvantail ! Voulez-vous vous en affranchir ? Je vous en offre le moyen : ne dites point ouvertement que la convention que vous faites est une donation, cachez vos desseins; déguisez, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, la libéralité que vous avez en vue. Si vous avouez le but que vous vous proposez, votre convention, bien qu'elle exclue tout soupçon de fraude, puisqu'elle est faite au grand jour, sera nulle, par cela seul qu'elle n'est pas faite selon les formes rigoureuses que j'ai prescrites ; mais, si vous le tenez caché, votre convention, quoiqu'elle soit suspecte, puisque vous la déguisez, sera protégée et maintenue ! » Ainsi, *encouragement à la fraude*, voilà où aboutit la loi, telle que l'interprètent les tribunaux.

On conçoit qu'à défaut d'un texte bien positif ou de raisons très-fortement démonstratives, un tel système ne saurait être admis. Or, quels textes, quelles raisons produit-on pour le justifier ? Trois arguments principaux ont été présentés. Examinons-les.

Le premier est tiré d'une considération morale. « Souvent, a-t-on dit, la forme détournée de la vente ou du contrat à titre onéreux n'a été employée que pour éviter des formes gênantes ou des droits d'enregistrement considérables ; souvent elle n'a été mise en usage que pour maintenir l'harmonie dans les familles, pour écarter provisoirement l'idée d'avantages qui auraient pu exciter la jalousie des enfants. »

Cette considération n'est, au fond, qu'une critique de la loi. En somme, elle revient à dire que les formes prescrites pour la validité des contrats directs de donation sont souvent fort gênantes, et qu'ainsi le détour qu'on emploie pour les éluder n'a en soi rien que de très-légitime. Or, comment un tribunal pourrait-il voir dans la violation de la loi un acte légitime et permis ?

Le second argument est tiré d'un principe qu'on cite souvent, mais sans l'établir jamais. « Un donateur, dit-on, peut faire *indirectement* tout ce qu'il aurait droit de faire *directement*. » C'est là précisément la question. Le principe qu'on nous oppose n'est donc qu'une pétition de principe, et une pétition d'une nature vraiment singulière. Que nous dit la loi ? qu'on NE peut disposer de ses biens par donation QUE *dans les formes qu'elle a prescrites* (article 893) ! Qu'affirmez-vous, en présence de ce texte ? Qu'on peut disposer par donation, *sans observer aucune des formes prescrites par la loi!* Sérieusement, est-il possible d'accepter un aussi étrange paradoxe ?

Le troisième argument est tiré des textes mêmes de la loi. Les donations déguisées sont déclarées *nulles*, quand elles sont faites

entre personnes *incapables* de disposer à titre gratuit ou de recevoir au même titre (art. 911), *rapportables* quand elles sont faites à un successible (art. 853), et enfin *réductibles* quand elles dépassent la quotité disponible (art. 918). «Or, dit-on, les annuler au cas où elles sont faites par ou à des personnes incapables, c'est par *à contrario* les déclarer valables lorsqu'elles interviennent entre personnes capables ; les déclarer rapportables ou réductibles, c'est plus précisément encore reconnaître leur validité.»

Ce raisonnement paraît démonstratif. M. Gabriel Demante y a pourtant répondu par une distinction très-ingénieuse.

Si, dit-il, l'opération à laquelle les parties ont donné la forme et le nom d'un contrat *à titre onéreux* n'est au fond qu'une *donation*, sans aucun mélange avec un contrat à titre onéreux, si, en un mot, elle a été faite *uniquement en vue de donner*, par exemple si, dans un acte auquel les parties ont appliqué la qualification de vente, le prix a été indiqué avec l'intention de ne pas l'exiger, ou si l'acte porte quittance, quoique le prix n'ait pas été payé, l'opération est nulle comme vente, pour défaut de prix, et nulle comme donation, pour défaut de formes : l'opération croule ainsi tout entière (art. 1582, 893, 931, 1339). Cette hypothèse n'a été prévue et réglée ni par l'art. 911, car une donation faite en violation de la loi ne peut être valable à l'égard de personne, ni par les art. 853 et 918, car il est évident que les donations qui ont été faites au mépris des dispositions prohibitives qui les régissent ne peuvent être sujettes ni au rapport ni à la réduction : elles sont bien plus que rapportables ou réductibles, elles sont nulles.

Mais il se peut qu'une donation se combine *accessoirement* avec un véritable contrat à titre onéreux, sérieusement existant. C'est ainsi qu'il arrive souvent qu'un vendeur accepte, *animo donandi*, des conditions très-onéreuses pour lui et, à l'inverse, très-favorables pour l'acheteur. Tel serait encore le cas d'un contrat de société qui, bien que sérieusement existant à ce titre, contiendrait pour l'une des parties certains avantages que l'autre partie lui aurait concédés par esprit de libéralité.

Ces libéralités *accessoires ou mélangées*, lorsqu'elles sont faites entre personnes capables, participent de la liberté du contrat onéreux qui les soutient. Ce sont celles dont la loi entend parler lorsqu'elle dit que les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont nulles au cas où elles sont faites entre personnes incapables (art. 911), rapportables quand la partie qui les a reçues succède au donateur (art. 853), réductibles lorsqu'elles portent atteinte à la réserve (art. 918).

Ainsi, l'opération est-elle faite uniquement en vue de donner, a-t-elle exclusivement pour cause une libéralité : c'est vainement que les parties lui appliquent le nom et la forme d'un contrat à titre onéreux : la fausse qualification qu'elles lui donnent ne peut la mettre à l'abri de la nullité. Constitue-t-elle un véritable contrat

à titre onéreux: la libéralité qui, accessoirement, se combine avec elle, est valable comme elle, si d'ailleurs elle intervient entre personnes capables (1).

§ IV. — *Des effets de la donation.*

Le donateur est-il garant de l'éviction de la chose donnée?

682. — I. *De la garantie.* — L'acheteur qui est évincé de la chose qui a fait l'objet du contrat de vente a le droit de se faire rembourser par son vendeur, non-seulement le prix qu'il lui a payé, mais encore les frais et loyaux coûts du contrat, et même des dommages-intérêts pour la perte qu'il a éprouvée ou pour le gain qu'il a été empêché de faire par suite de l'éviction (art. 1149 et 1630). Cette obligation où se trouve le vendeur d'indemniser l'acheteur s'appelle *obligation de garantie.*

Rien de semblable n'a lieu en matière de donation. Le donataire évincé de la chose donnée n'a point de recours à exercer contre le donateur : celui qui dispose d'une chose à titre gratuit est censé ne la donner qu'autant qu'elle est à lui.

Toutefois, s'il est démontré que le donateur a fait la donation par malice, pour constituer le donataire en frais, sachant bien qu'il serait évincé de la chose donnée, le donataire devrait être alors indemnisé de tout le dommage que lui aurait occasionné la donation. Mais remarquons que le donateur n'est responsable que de son *dol;* il ne l'est pas de sa *faute :* ainsi, il n'est point responsable s'il n'a été qu'*imprudent.*

Ne l'est-il pas dans certains cas?

Par exception, la garantie est due :

1° Lorsque le donateur s'y est obligé par une clause particulière : c'est alors une libéralité qu'il substitue à la première, pour le cas où celle-ci serait inefficace.

2° Lorsque la donation est faite en faveur du mariage, *dotis causâ* (voy. l'explic. des art. 1440 et 1547).

Art. 938.

683. — II. *De la translation de la propriété de la chose donnée.* — « La donation *dûment* acceptée est *parfaite* par le seul consente-« ment des parties; et la propriété des objets donnés est transférée « au donataire, sans qu'il soit besoin d'*autre tradition.* »

Quel est le sens de ces mots : *dûment* acceptée?

... des mots : elle est *parfaite?*

Est-il vrai qu'elle est parfaite par le *seul* consentement des parties?

« La donation *dûment* acceptée... », c'est-à-dire acceptée selon les formes légales; « est *parfaite...* », c'est-à-dire *obligatoire*, et, de plus, *translative* de la propriété de la chose donnée : car, dans notre droit, la propriété se transfère par l'effet de la convention indépendamment de la tradition.

« Par le seul consentement des parties... » Inexactitude : car la donation, appartenant à la classe des contrats solennels, ne se forme point *solo consensu.*

(1) *De la loi et de la jurispr. en matière de donat. déguisées,* par M. Gabriel Demante. — MM. Dur. t. VIII, n° 401; Val.; Dem., t. IV, n° 3 *bis,* VI; Vernet, *Rev. prat.*, t. XV, p. 193 et suiv.; Demol., t. III, n° 101. *Contrà,* MM. Zach., Aubry et Rau, t. V. p. 481. — Joignez les autorités que citent ces jurisconsultes.

« Sans qu'il soit besoin d'*autre tradition*... » Nouvelle inexactitude : il n'est parlé d'aucune tradition dans l'article, le mot *autre* est donc de trop. Ce mot *autre* a, du reste, son explication historique. Selon quelques-unes de nos anciennes coutumes, la donation, *quoique* DUMENT acceptée, n'était parfaite qu'autant qu'elle était accompagnée d'une tradition *réelle*, effective, de la chose donnée; d'autres se contentaient d'une tradition *feinte*, résultant d'une déclaration de dessaisine que faisait le donateur en présence du donataire. Les rédacteurs de notre Code, modifiant l'ancien droit sur ce point, n'exigent point que la donation soit accompagnée d'une tradition, *réelle* ou *feinte* : le seul consentement des parties suffit à sa perfection ; il suffit, parce qu'il tient lieu de la tradition réelle ou feinte qu'on exigeait autrefois. Et, lorsqu'ils ajoutent que la propriété de la chose donnée est transférée « sans qu'il soit besoin d'autre tradition, » c'est absolument comme s'ils disaient : sans qu'il soit besoin d'une tradition réelle ou feinte, *autre* que celle qui résulte du consentement des parties.

Les mots : sans qu'il soit besoin *d'autre* tradition, ne sont-ils pas inutiles?

Le mot *autre* qu'emploie notre article n'a-t-il point son explication historique?

En somme, la donation dûment offerte et dûment acceptée est formée ; dès qu'elle est formée, elle est parfaite, c'est-à-dire tout à la fois *obligatoire* et *translative de propriété*.

En résumé, quand la donation est-elle *formée*?

Et, une fois formée, quels effets produit-elle?

684. — Mais, bien entendu, nous supposons qu'elle a pour objet un *corps certain*, je veux dire une chose déterminée *individuellement*, par exemple, mon cheval blanc, une maison A, le blé qui est dans mon grenier. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour objet une chose déterminée quant à *l'espèce* seulement, par exemple, tant d'hectares de terre à prendre dans tel département, *un cheval*, tant de mesures de blé..., elle n'est alors qu'*obligatoire*. Le donataire devient *créancier* de la chose promise ; mais il n'est pas encore *propriétaire*, car les genres n'appartiennent à personne. Un fait nouveau sera nécessaire pour opérer la translation de la propriété ; ce fait nouveau consistera soit dans la tradition de la chose promise, soit dans une convention postérieure par laquelle les parties détermineront individuellement la chose qui devra être livrée (voy. les nos 8, 1123 et s.).

685. — La donation, dès qu'elle est parfaite, opère la mutation de la chose qu'elle a pour objet. Mais reste un point à examiner : le donataire, qui, dès que la donation est parfaite, devient propriétaire, au point de vue de ses rapports *avec le donateur*, le devient-il également, et dès le même instant, au regard *des tiers* ? En d'autres termes, quelle propriété acquiert-il ? une propriété simplement *relative* ou une propriété *absolue*?

Est-elle toujours, par elle-même et sans qu'il y ait besoin de tradition, translative de propriété?

Le donataire acquiert-il, par le seul effet de la donation, une propriété *absolue*, c'est-à-dire opposable aux *tiers* comme au donateur lui-même, ou simplement une propriété *relative*, c'est-à-dire opposable au donateur seulement ?

Il faut ici user de distinctions.

1° *La donation a pour objet un* MEUBLE CORPOREL. — Dès qu'elle est parfaite, le donataire devient propriétaire *ergà omnes*, c'est-à-dire, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du donateur lui-même ; sauf toutefois l'application de la règle : *en fait de meubles, la possession vaut titre* (voy. les nos 1132-1133).

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard?

2° *La donation a pour objet un meuble incorporel, par exemple,* *Quid*, si la donation

a pour objet un *meuble corporel?*

Quid, si elle a pour objet un meuble incorporel, une créance?

une créance que le donateur a sur un tiers. — Dès que la donation est dûment acceptée, la créance qui en fait l'objet passe du donateur au donataire; mais, *à l'égard des tiers*, elle reste sur la tête du donateur, qui peut valablement en disposer tant que le donataire n'a pas signifié la donation au débiteur cédé, ou n'a pas obtenu de lui, et par acte authentique, une adhésion à la donation. Le donateur en a-t-il disposé avant cette époque : le donataire, dépouillé du droit qui lui avait été transmis, n'a alors qu'un simple recours en dommages et intérêts contre le donateur (voy. l'explic. de l'art. 1690).

Art. 939.

Lorsque la donation a pour objet un immeuble susceptible d'hypothèque, le donataire en devient-il propriétaire *à l'égard des tiers*, dès l'instant que la donation est parfaite?

3° *La donation a pour objet un immeuble.* — Entre le donataire et le donateur, la donation est parfaite, et la propriété de l'immeuble transmise, dès que l'offre, dûment faite, a été dûment acceptée. Mais cette donation, qui est parfaite *entre les parties*, qui a rendu le donataire propriétaire *à l'égard du donateur*, ne l'est pas encore *à l'égard des tiers*. Le donateur, qui a cessé d'être propriétaire dans ses rapports avec le donataire, continue de l'être dans l'intérêt de ceux qui de son chef ont acquis ou pourront acquérir des droits sur l'immeuble donné. S'il en dispose, l'aliénation ou l'hypothèque qu'il consent est valable.

Le donataire qui se trouve ainsi dépouillé du droit qui lui avait été transmis, peut, sans aucun doute, recourir en dommages-intérêts contre le donateur; mais il est tenu de respecter les aliénations ou les hypothèques que celui-ci a consenties. Il les subit lors même que le donateur est insolvable.

Quand le devient-il donc?

Quand et par quelle formalité le donataire devient-il donc propriétaire *à l'égard des tiers?* Il le devient quand il a fait *transcrire* l'acte de donation.

§ V. — *De la transcription.*

Qu'est-ce que la transcription?
Dans quel but a-t-elle été organisée?
Quel est son effet?

686. — I. *Ce que c'est que la transcription. Son but, son effet.* — La transcription est la copie littérale de l'acte de donation sur un registre spécial, tenu par le conservateur des hypothèques, et que toute personne peut consulter. Elle a pour objet de porter la donation à la connaissance des tiers, et pour effet d'enlever au donateur la faculté de disposer valablement des biens compris dans la donation. — Ainsi, les aliénations ou hypothèques consenties par le donateur depuis que la donation est parfaite entre les parties, mais *avant la transcription*, sont valables et doivent être respectées par le donataire, sauf son recours contre le donateur. Les droits que le donateur a consentis *depuis la transcription* sont, au contraire, nuls et de nul effet : le donataire n'est pas tenu de les respecter; les tiers qui ont cru les acquérir et qui en sont évincés n'ont alors d'autre ressource qu'un recours en dommages-intérêts contre le donateur qui les a trompés.

Quels actes le donataire qui veut se

687. — II. *Quels actes doivent être transcrits.* — On transcrit l'*acte de donation*, lorsque le consentement des parties a été simultané

et relaté dans un seul et même acte. Mais, lorsque l'acceptation est postérieure à l'offre, doivent alors être transcrits : 1° l'acte qui contient l'offre ; 2° l'acte qui constate l'acceptation de l'offre ; 3° l'acte de notification de l'acceptation.

mettre en règle doit-il faire transcrire?

688. — III. *Où la transcription doit être faite.* — Elle doit l'être au bureau des hypothèques de l'arrondissement dans lequel est situé l'immeuble qui fait l'objet de la donation, et, lorsqu'elle comprend plusieurs immeubles, dans les bureaux respectifs de leur situation.

Où la transcription doit-elle être faite?

Art. 940.

689. — IV. *Quelles personnes sont tenues et quelles personnes ont le droit de requérir la transcription.* — Le donataire majeur doit lui-même requérir la transcription. Toutefois, s'il néglige de le faire, ses créanciers, ou plus généralement ses ayant-cause, peuvent la requérir de son chef, conformément au principe de l'article 1166.

Quelles personnes sont tenues et quelles personnes ont le droit de la requérir ?

Lorsque le donataire est une femme mariée, un mineur, un interdit, elle peut être requise par le donataire lui-même : il ne faut, en effet, voir en elle qu'une mesure conservatoire pour l'accomplissement de laquelle il n'est besoin d'aucune capacité. Les parents ou amis de la femme, du mineur et de l'interdit, ont également qualité pour la requérir (art. 2139, arg. d'anal.).

Les femmes mariées, les mineurs, les interdits, donataires, peuvent-ils la requérir ?

Les *maris* et *tuteurs* peuvent toujours requérir la transcription; ils y sont même *obligés*, sous leur responsabilité.

Les maris et les tuteurs sont-ils obligés de la requérir ?

Toutefois, quant au mari, une distinction est nécessaire. Administre-t-il les biens de sa femme : il est tenu de faire transcrire les donations qu'elle reçoit : administrateur, il doit faire tout ce qui est nécessaire à la conservation du patrimoine qui lui est confié. La femme a-t-elle l'administration de sa fortune : c'est à elle, à elle seule, à veiller à sa conservation.

Ne faut-il pas, quant aux maris, faire une distinction ?

Lorsque la femme accepte avec autorisation de justice la donation qui lui est offerte, le mari est-il obligé de faire transcrire?

Ainsi, le mari qui n'est point l'administrateur des biens de sa femme a le *droit*, mais il n'est pas *obligé*, de requérir la transcription des donations qu'elle reçoit. Cette distinction se trouve dans l'Ordonnance de 1731, et rien ne nous autorise à croire que le Code l'ait abandonnée.—Le mari *administrateur* des biens de sa femme est obligé de faire transcrire, lors même que la donation n'a été acceptée par sa femme qu'avec l'autorisation de justice. Il est, en effet, chargé d'*administrer* les biens compris dans cette donation, de même que ceux que sa femme acquiert par une autre voie : il est donc tenu de faire tous les actes nécessaires à leur conservation (1).

690. — Lorsque le donataire est un mineur émancipé, c'est à lui qu'appartient le droit et le devoir de faire faire la transcription. Son curateur *peut* aussi la requérir, mais il n'y est pas *obligé*. Et, en effet, ceux-là seulement sont tenus de faire transcrire qui sont obligés de faire eux-mêmes ce qui est nécessaire à la conservation des biens du donataire, c'est-à-dire ceux-là seulement qui

Le donataire, mineur émancipé, n'a-t-il pas le droit et le devoir de requérir la transcription ?

Son curateur le peut-il?

Y est-il obligé ?

(1) MM. Val.; Demol., t. IV, n° 81 *bis*; Dem., t. III, n° 273.— Voy. mon *Traité de la Transcription*, t. I, n° 251.

en ont l'administration ; or, le curateur n'administre pas. Il est vrai que l'art. 940 le met au nombre des personnes qui sont *obligées* de requérir la transcription ; mais il ne faut voir là qu'une inadvertance. S'il était, en effet, *obligé* de la requérir, il serait *responsable*, au cas où il aurait négligé de le faire ; or, l'art. 942, qui énumère les personnes *responsables* du défaut de transcription, ne le comprend point parmi elles (1).

Art. 942.

Quid, si les personnes qui sont obligées de faire transcrire la donation reçue par un mineur, un interdit ou une femme mariée, négligent de le faire?

691.—Si les personnes obligées de requérir la transcription négligent de le faire, le donataire, qui souffre de l'inexécution de l'obligation dont elles étaient tenues envers lui, peut recourir contre elles ; mais il n'est pas restitué, *nonobstant leur insolvabilité*, contre les conséquences qu'entraîne le défaut de transcription.

Ce que je dis du défaut de *transcription* est également vrai du défaut d'*acceptation*. Mais je dois faire remarquer que c'est à tort que l'art. 942 présente le mari comme étant responsable du défaut d'acceptation de la donation offerte à sa femme. Il n'est pas, en effet, obligé d'accepter pour elle ; il n'a pas qualité à cet effet : la donation offerte à une femme mariée ne peut être acceptée que par *elle-même* avec l'autorisation de son mari ou de justice.

Les donations n'étaient-elles pas en droit romain soumises à la formalité de *l'insinuation*?

Qu'était-ce que *l'insinuation*?

Etait-elle une forme essentielle à la validité de la donation?

La théorie de l'insinuation ne fut-elle pas introduite en France?

L'insinuation était-elle encore une forme essentielle à la validité de la donation? Ainsi, la donation n'était-elle pas, même en l'absence de l'insinuation, valable à l'égard du *donateur*?

L'était-elle à l'égard de ses *héritiers*?

692. — V. *Notions historiques*. — Au temps de Justinien, la donation dont l'objet dépassait 500 solides, devait, sauf quelques exceptions, être rendue publique par l'*insinuation*. L'insinuation consistait dans la copie de l'acte sur un registre spécial et ouvert au public.

A défaut d'insinuation, la donation était nulle, même *inter partes*, c'est-à-dire même à l'égard du donateur et de ses héritiers. L'insinuation était donc une forme *essentielle* à la validité de la donation, tout aussi essentielle que l'est chez nous la solennité de l'authenticité. Elle avait pour but de mettre un frein aux libéralités irréfléchies ou désordonnées qu'on n'ose pas avouer.

Ce système, introduit dans notre ancien droit sous François Ier, par l'Ordonnance de 1539, fut ensuite modifié, sous le règne de Charles IX, par l'Ordonnance de 1566. L'insinuation cesse, dès cette époque, d'être une forme essentielle à la validité de la donation *inter partes* : ce n'est plus qu'une formalité extrinsèque, exigée *dans l'intérêt des tiers* intéressés à connaître la donation. Ainsi, la donation, *quoique non insinuée*, est valable *inter partes* : le donateur ne peut point la faire annuler ; mais elle n'est pas opposable *aux tiers intéressés à la méconnaître*.

693.—L'Ordonnance de 1731 consacre le même système, mais en le développant. Elle porte *que la donation, quoique* NON INSINUÉE, *est valable* A L'ÉGARD DU DONATEUR ; *mais qu'elle n'est pas opposable : 1° aux créanciers du donateur ; 2° à ceux auxquels le donateur a vendu ou hypothéqué les biens donnés ; 3° à ceux auxquels il les a*

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 82. — Voy. mon *Traité de la Transcr.*, t. I, n° 249.

donnés; 4° à ses légataires; 5° A SES HÉRITIERS AB INTESTAT,— en d'autres termes, que le défaut d'insinuation peut être invoqué par *toutes personnes intéressées à la nullité de la donation, autres pourtant que le donateur.*

Quelle est la loi qui introduisit la *transcription?*

Est enfin venue la célèbre loi du 11 brumaire an VII. Tout acte translatif de propriété entre-vifs, vente, donation ou échange, doit être *transcrit* sur un registre déposé dans chaque bureau de la conservation des hypothèques. A défaut de cette transcription, l'acheteur, le donataire ou le coéchangiste, propriétaire dans ses rapports avec son vendeur, donateur ou coéchangiste, ne l'est pas encore *à l'égard des tiers*. Quant à eux, la propriété est restée sur la tête de l'aliénateur, avec lequel ils peuvent, par conséquent, traiter valablement et en toute sécurité. L'acquéreur ne peut invoquer contre eux sa qualité de propriétaire, de manière à faire tomber les droits qui leur ont été consentis; le défaut de transcription peut lui être opposé par toutes personnes intéressées à la nullité de l'aliénation, autres pourtant que *l'aliénateur et ses* HÉRITIERS.

Quelles différences y avait-il entre l'*insinuation* et la *transcription?*

694. — VI. *Différences entre l'insinuation et la transcription.* 1° Les donations *mobilières* ou *immobilières* devaient être *insinuées*. Les donations *immobilières* étaient *seules* soumises à la formalité de la *transcription*.

2° L'insinuation se faisait au *greffe* des tribunaux; la transcription, au bureau des hypothèques.

3° Le donataire avait un délai pour faire *insinuer* la donation, quatre mois à partir de l'acceptation, lorsqu'il habitait le royaume, six mois dans le cas contraire. L'insinuation prise dans ce délai avait un effet rétroactif au jour de la donation. Ce délai passé, elle pouvait encore être faite, pourvu que le donateur fût vivant; mais alors elle ne produisait son effet qu'à sa date. — Le donataire n'avait aucun délai pour faire *transcrire* : le plus tôt était le mieux, car la transcription n'avait point d'effet rétroactif.

La donation qui n'était pas insinuée était-elle opposable aux *héritiers du donateur? Quid*, de la donation qui n'était pas transcrite?

4° Le défaut d'*insinuation* pouvait être opposé au donataire par toute personne qui y avait intérêt, *même par les héritiers du donateur*.—La donation, *quoique non transcrite*, était, au contraire, valable non-seulement à l'égard du donateur, mais encore *à l'égard de ses héritiers :* ceux-ci, bien qu'intéressés à la nullité de la donation, n'étaient pas admis à invoquer le défaut de transcription (voy. le n° 693).

La théorie de l'insinuation et celle de la transcription n'existaient-elles pas ensemble, lorsque notre Code a été promulgué?

—Ces deux systèmes, l'*insinuation* et la *transcription*, ont existé ensemble jusqu'à la promulgation du Code. Les donations d'immeubles étaient soumises à une double condition de publicité : on les *insinuait* au greffe des tribunaux et on les *transcrivait* au bureau des hypothèques.

Laquelle des deux a été maintenue?

695. — VII *Système du Code.* — La théorie de l'insinuation a été abandonnée. Ainsi, les donations *mobilières* ne sont soumises à aucune condition de publicité. Les donations d'*immeubles* doivent encore être rendues publiques; mais, comme l'insinuation et

la transcription faisaient double emploi, la théorie de la transcription a été seule conservée.

Mais le Code a-t-il entendu conserver la transcription telle qu'elle était réglée par la loi de brumaire? l'a-t-il, au contraire, calquée sur l'insinuation?

696. — Ici se présente une question capitale : le Code a-t-il entendu conserver la transcription, telle qu'elle est réglementée par la loi de brumaire? L'a-t-il, au contraire, calquée sur l'insinuation? En d'autres termes, faut-il l'interpréter d'après la loi du 11 brumaire an VIII ou d'après l'Ordonnance de 1731?

Les discussions qui ont eu lieu à ce sujet au Conseil d'État ne fournissent point des éléments suffisants pour résoudre la question : aussi est-elle tous les jours l'objet de vives controverses.

La Cour de cassation pense que la transcription doit être interprétée par la loi de brumaire, et c'est à ce parti, je crois, qu'il faut s'en tenir. Autrement, il faudrait dire, ce qui évidemment est inadmissible, que le donataire a un délai pour requérir la transcription; que la transcription faite dans ce délai a un effet rétroactif au jour de la donation; que la transcription faite après ce délai est sans effet si le donateur est décédé (voy. le n° 694).

Art. 941.

Quelles sont les personnes qui, sous l'empire du Code, peuvent opposer au donataire le défaut de transcription, c'est-à-dire à l'égard desquelles la donation qui n'est point transcrite reste sans effet?

697. — VIII. *Des personnes qui peuvent, sous l'empire du Code, opposer au donataire le défaut de transcription.* — Peuvent l'opposer, tous ceux *qui ont intérêt à la nullité de la donation.*

Je citerai, à titre d'exemple, tous ceux qui, dans l'intervalle de la donation à la transcription, ont, en traitant avec le donateur, acquis sur l'immeuble donné soit un droit de propriété, soit un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, soit une hypothèque.

Ces tiers acquéreurs doivent être maintenus dans le droit qui leur a été concédé, lors même qu'il est établi qu'ils ont eu, par d'autres voies, connaissance de la donation : car, tant qu'elle n'est pas transcrite, elle est présumée ignorée des tiers, et nulle preuve contraire n'est admise contre une présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice (art. 1352); or, c'est précisément sur le fondement de cette présomption que la loi refuse au donataire le droit d'attaquer les aliénations intégrales ou partielles consenties par le donateur avant la transcription de la donation (voy., par analogie, l'art. 1071).

Quelles personnes ne peuvent pas l'opposer? Pourquoi celles qui sont obligées de faire faire la transcription, ne peuvent-elles point se prévaloir du défaut de transcription?

698. — IX. *Des personnes qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, quoiqu'elles aient intérêt à la nullité de la donation.* — Ne peuvent point l'opposer :

1° *Celles qui sont* OBLIGÉES *de faire transcrire la donation*, c'est-à-dire le mari administrateur des biens de sa femme donataire, le tuteur d'un donataire mineur ou interdit. Ces personnes sont en faute au cas où la donation n'est pas transcrite, et *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.* Si le donataire qu'elles ont mission de protéger devait respecter les droits qu'elles ont stipulés du donateur, elles seraient tenues de l'indemniser de l'éviction qu'elles lui feraient subir; or, il est de principe que toute demande qui aboutit à une éviction doit être écartée quand elle est formée par celui-là même qui serait responsable de l'évic-

tion : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Ainsi, une donation est faite à un mineur ; son tuteur, qui a négligé de la faire transcrire, achète du donateur l'immeuble donné : cette vente est tout aussi nulle que le serait celle dont la date serait postérieure à la transcription.

699. — 2° *Les ayant-cause des personnes chargées de requérir la transcription.* Je comprends que les ayant-cause universels de ces personnes, par exemple les héritiers du tuteur, ne puissent pas opposer le défaut de transcription. Ils seraient, en son lieu et place, obligés comme lui d'indemniser le donataire du préjudice que lui causerait le défaut de transcription, s'il était tenu de respecter le droit qu'ils lui opposeraient : la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, leur serait, par conséquent, opposable.

La théorie de la loi à l'égard des ayant-cause *particuliers* de ces personnes n'est-elle pas sujette à critique ?

La même théorie, appliquée aux *ayant-cause particuliers*, est peu rationnelle. Je suppose que le tuteur du donataire vende à un tiers l'immeuble qu'il a lui-même acheté du donateur. Ce tiers-acheteur a évidemment intérêt à la nullité de la donation; il n'a point succédé à l'obligation d'indemniser le donataire du dommage que lui causerait le défaut de transcription : les ayant-cause à titre particulier ne succèdent point, en effet, aux obligations de leur auteur. Pourquoi donc ne pas le traiter aussi favorablement que celui qui a contracté directement avec le donateur ? Mais, dit-on, la loi est formelle ; elle ne distingue point entre les ayant-cause universels et les ayant-cause à titre particulier (1).

Pourquoi le donateur ne peut-il pas se prévaloir du défaut de transcription ?

700. — 3° *Le donateur.* Il est garant de l'éviction qui provient de son fait ; or, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Les héritiers du donateur peuvent-ils se prévaloir du défaut de transcription ?

701. — *Questions controversées.* — I. *Les héritiers du donateur peuvent-ils opposer le défaut de transcription ?* L'affirmative est enseignée par M. Bugnet (2).

L'art. 941 contient, dit-il, une règle et des exceptions à cette règle.

La règle est que *toute personne intéressée à la nullité de la donation* peut opposer le défaut de transcription.

Les héritiers ont-ils intérêt à la nullité de la donation ? Comment en douter ? Qu'on suppose, en effet, que le donateur s'est réservé la jouissance des immeubles compris dans la donation : son héritier, qui l'a vu en possession de ces biens, qui ne sait point qu'il a cessé d'en être propriétaire, accepte l'hérédité sans défiance, parce qu'il la croit bonne ; le donataire se présente et re-

(1) M. Val. — J'ai, dans mon *Traité de la Transcription* (nos 440 et s.), combattu cette solution. — Consultez, sur ce point de droit, MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 89; Dem., t. III, nos 324 et s.

(2) Voy. ses notes *sur Pothier*, t. VII, p. 389.—*Conf.* MM. Duverger, à son cours; Bressolles, sur la loi du 23 mars 1855, no 52.

vendique les immeubles que possédait le défunt au moment de son décès. Si l'héritier est obligé de subir cette revendication, s'il ne lui est point permis de la repousser en opposant le défaut de transcription, il sera ruiné peut-être ! il restera, en effet, chargé des dettes, si considérables qu'elles soient : car il ne pourra pas faire rescinder son acceptation, la découverte des donations n'étant point, comme la découverte des legs, une cause de rescision de l'acceptation (voy. les nos 234 et 235).

Ainsi, les héritiers du donateur ont intérêt à opposer le défaut de transcription. Partant, ils sont compris dans la règle, et ils doivent y rester si la loi ne les en a point retirés au moyen d'une exception.

Or, elle ne les en a point retirés. Quelles personnes, en effet, sont comprises dans l'exception ? celles qui sont chargées de faire faire la transcription, leurs ayant-cause et le donateur ! L'exception, on le voit, n'est pas étendue aux héritiers du donateur, comme elle l'est aux héritiers de ceux qui doivent faire faire la transcription. Si la loi eût entendu établir une exception commune aux ayant-cause de toutes les personnes qui ne peuvent point opposer le défaut de transcription, elle eût naturellement rejeté, après le mot *donateur*, les mots *ou leurs ayant-cause ;* c'est ce qu'elle n'a point fait. Or, on ne peut point, sans de puissants motifs, rejeter à la fin de l'article, afin de lui donner un sens général, un membre de phrase qui, par la place qu'il occupe au milieu de notre disposition, a nécessairement un sens restreint.

702. — Examinons donc les raisons, je veux dire les objections, qu'on oppose contre ce système. En montrant qu'elles ne sont point fondées, nous le consoliderons.

1re *objection.* L'Ordonnance de 1731 accordait aux *héritiers du donateur* le droit d'invoquer contre le donataire le défaut d'*insinuation ;* la loi du 11 brumaire an VII leur refusait, au contraire, le droit d'invoquer le défaut de *transcription* (voy. les nos 693 et 694-4o). En maintenant la théorie de la transcription, le Code l'a conservée telle qu'elle était sous l'empire de la loi de brumaire (voy. le no 696).

Le principe est vrai: oui, c'est bien la théorie de la transcription telle qu'elle était réglée par la loi de brumaire que les rédacteurs du Code ont voulu reproduire. Mais, *quant à la question spéciale qui nous occupe,* ils ont appliqué au défaut de *transcription* ce que l'Ordonnance de 1731 disait du défaut d'*insinuation.* Ce qui le prouve, c'est que notre art. 941 est, à peu de chose près, la reproduction littérale de l'art. 27 de l'Ordonnance. Cet art. 27 contient, en effet : 1° une énumération des personnes qui peuvent opposer le défaut d'insinuation, et *les héritiers du donateur* sont compris dans cette énumération ; 2° une règle générale, conçue en ces termes : *tous ceux qui y ont intérêt peuvent opposer le défaut d'insinuation.* Qu'a fait le Code ? il a conservé, dans les mêmes termes, la règle générale, et supprimé, comme inutile, l'énumé-

ration des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription. Il suffit de comparer les deux textes pour rester convaincu que l'un a été calqué sur l'autre.

2e *objection*. Le donateur n'a pas le droit d'opposer le défaut de transcription. S'il ne l'a pas, ses héritiers ne peuvent pas l'avoir : car *nemo plus juris conferre potest quàm ipse habet.*

La réponse est facile. Il est bien vrai que le donateur n'a pas pu transmettre un droit qu'il n'avait pas ; mais les héritiers ont quelquefois des droits que n'avait pas le défunt. J'en veux prendre un exemple dans la matière même des donations. Les héritiers peuvent demander la réduction des donations que le *de cujus* a faites au-delà de la quotité disponible ; et cependant, ce droit de réduction n'a jamais appartenu au donateur ! c'est un droit qu'ils tiennent de la loi. Il en est de même dans notre espèce : les héritiers qui opposent le défaut de transcription invoquent un droit qui leur est propre, qui est né dans leur personne.

On insiste, et l'on dit : Les héritiers n'ont de droits propres et personnels que ceux que la loi leur accorde expressément ; or, l'art. 941 ne leur accorde point le droit d'opposer le défaut de transcription : son silence à cet égard est décisif.

La réponse est que la loi le leur accorde expressément, puisqu'après avoir créé une règle générale dont les termes leur sont applicables, elle ne les comprend point dans l'exception.

3e *objection*. Le donateur ne peut pas opposer le défaut de transcription, parce qu'il serait obligé d'indemniser le donataire de l'éviction qu'il lui ferait subir ; ses héritiers ont succédé à son obligation : donc le donataire peut les repousser par l'exception *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (voy. le n° 700).

Cet argument est peu concluant. Oui, le donateur est, envers le donataire, garant de l'éviction ; mais quand ? Lorsque cette éviction procède *de ses faits*, c'est-à-dire lorsqu'il a concédé à des tiers des droits sur la chose donnée. Or, dans l'espèce, il n'a concédé aucun droit à des tiers ; il n'a rien fait à l'encontre de la donation. Il est mort, par conséquent, libre et quitte de toute obligation envers le donataire ; ses héritiers ne peuvent donc pas être tenus de son chef ! Que si maintenant ils évincent le donataire en lui opposant le défaut de transcription, ils exercent un droit légitime, un droit que la loi leur accorde elle-même : comment donc l'exercice de ce droit pourrait-il devenir la cause d'une obligation contre eux ? S'ils ont le droit de l'évincer, n'est-il pas alors évident qu'ils ne sont pas tenus de l'indemniser des dommages que cette éviction lui fait subir ?

4e *objection*. L'art. 1072 résout la question contre eux. Qu'y voyons-nous, en effet ? que la donation grevée de substitution est, *quoique non transcrite*, opposable *aux héritiers du donateur !*

Cet art. 1072 est étranger à notre question. Il y est étranger, puisqu'il réglemente la publicité des *substitutions*, tandis que nous

nous occupons de la publicité des *donations*. La première a pour objet d'avertir les tiers que le grevé de substitution n'est pas propriétaire irrévocable ; la seconde, que le donateur a cessé d'être propriétaire. Ce sont, par conséquent, deux théories différentes. Ainsi, je suppose que la transcription qui relate la *donation* ne rapporte pas (le conservateur a pu l'oublier) la clause qui grève de substitution les biens donnés : la donation sera valablement transcrite comme *donation ;* elle ne le sera pas comme *substitution*. Ce défaut de publicité ne pourra pas être invoqué par les héritiers du donateur, parce qu'ils n'ont aucun intérêt à opposer le défaut de transcription de la substitution ; mais, si la donation n'était transcrite ni comme *donation* ni comme *substitution*, ce défaut de publicité pourrait être invoqué par eux, parce qu'alors ils y auraient intérêt (1).

(1) *Note communiquée* (en 1855) *par M. Demangeat.* — La jurisprudence a constamment admis, depuis la promulgation du Code, que les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer au donataire le défaut de transcription ; et c'est bien ainsi, suivant nous, que la loi doit être interprétée.

En effet, comment comprendre que les rédacteurs du Code, qui, de l'aveu de M. Mourlon, ont abandonné le système de l'insinuation à tous égards, soit au point de vue du délai accordé au donataire, soit au point de vue de la publicité exigée pour les donations mobilières, aient eu cependant l'intention de le reproduire en un point unique, en ce qu'il avait de favorable aux héritiers du donateur? Évidemment ils ont dû opter entre l'*insinuation* organisée par l'Ordonnance de 1731 et la *transcription* rendue commune à toute la France par la loi du 11 brumaire an VII : le mot *transcription*, employé constamment dans les art. 939 à 942, indique suffisamment auquel des deux systèmes ils se sont arrêtés, et tout homme de bonne foi conviendra qu'il n'y a pas grande probabilité que ce mot, dans l'un de nos articles (art. 941), ait subitement perdu son sens naturel pour désigner l'insinuation.

On insiste, et on prétend que cet art. 941 est manifestement calqué sur l'art. 27 de l'Ordonnance, ce qui ne peut s'expliquer que par la volonté du législateur d'admettre à invoquer le défaut de transcription les mêmes personnes qui pouvaient invoquer autrefois le défaut d'insinuation. — J'accorde que les rédacteurs de notre art. 941 avaient sous les yeux l'art. 27 de l'Ordonnance ; mais j'ajoute qu'il suffit de comparer les deux textes pour demeurer convaincu que la disposition de l'Ordonnance n'a passé dans le Code qu'avec des modifications destinées précisément à la mettre d'accord avec les principes de la transcription. Voici cet article 27 : « Le défaut d'insinua- « tion des donations qui y sont sujettes à peine de nullité pourra être opposé « tant par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur que par ses héritiers, « donataires postérieurs ou légataires, et généralement par tous ceux qui y « auront intérêt, autres néanmoins que le donateur; et la disposition du « présent article aura lieu, encore que le donateur se fût chargé expressément « de faire insinuer la donation à peine de tous dépens et dommages-intérêts, « laquelle clause sera regardée comme nulle et de nul effet. » Sans doute on peut dire que, si les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit dans l'art. 941 la mention des *héritiers* et des *légataires*, c'est uniquement pour abréger, et non pour déroger aux principes de l'Ordonnance : voilà une affirmation que je veux bien laisser passer, n'y attachant pas plus d'importance qu'on n'en accorde en général à une pure et simple affirmation. Mais dira-t-on aussi que c'est uniquement pour abréger que le législateur de l'an XII n'a pas reproduit dans son texte la fin de cet art. 27, qui prononce la nullité de la clause par laquelle le donateur se serait engagé à faire faire l'insinuation? Personne

Lorsque le donateur a donné l'immeuble qu'il avait déjà donné à un premier donataire qui n'a pas fait transcrire, le second donataire peut-il invoquer le défaut de transcription ?

703. — II. *Lorsqu'un propriétaire a, par deux actes distincts, donné successivement le même immeuble à deux personnes différentes, et que la seconde donation a été transcrite la première, le second donataire peut-il opposer au premier donataire la clandestinité de son titre?* L'affirmative n'est point douteuse. Le second donataire est intéressé à la nullité de la donation qu'on lui oppose : car celle qu'il a reçue n'est valable qu'autant que la première ne l'est pas.

n'oserait probablement aller jusque-là : car il est élémentaire qu'en matière de conventions, la validité est la règle, et que la nullité a besoin d'être prononcée par un texte formel. Ainsi, il faut reconnaître que le donateur d'un immeuble peut parfaitement s'engager à faire faire la transcription ; et cela seul suffirait pour révéler aussi clairement que possible la pensée de notre législateur en matière de publicité des donations. En effet, comme l'insinuation était exigée notamment dans l'intérêt des héritiers du donateur, l'Ordonnance devait logiquement défendre et annuler l'engagement pris par le donateur de faire insinuer : le défaut d'insinuation ne pouvant pas être opposé par la personne tenue de la faire faire, *ni par ses héritiers*, l'engagement dont il s'agit aurait été un moyen trop facile d'éluder l'Ordonnance en tant que protectrice des héritiers du donateur. Si donc les rédacteurs de nos art. 939 et suivants avaient été préoccupés de cette même idée d'une protection à établir en faveur des héritiers, ils se seraient bien gardés de lever une défense nécessaire pour rendre cette protection sérieuse.

Nous pouvons encore faire remarquer, — et c'est une observation si simple qu'elle n'a besoin d'aucun développement, — que le législateur, quand il veut pourvoir à l'intérêt des héritiers (comme dans le cas de l'art. 783), ne s'amuse pas à distinguer si les valeurs qu'on a voulu leur enlever sont mobilières ou immobilières. S'il n'exige la transcription que pour les donations *de biens susceptibles d'hypothèques*, c'est qu'il s'agit uniquement ici d'une *loi de crédit*.

Le législateur, dans cet art. 941, a parlé la langue qu'il parle constamment, et a compris, sous l'expression *donateur*, le donateur et ses héritiers, — tout comme, quand il parle de *vendeur*, cette expression embrasse certainement les héritiers du vendeur. Il est incontestable que, de droit commun, la position des héritiers est la même que celle de leur auteur (art. 1122) ; quand elle est différente, c'est par exception, et l'exception a besoin d'être exprimée (comp. art. 1339 et 1340) — Qu'on ne vienne pas dire qu'alors le rédacteur de notre art. 941 eût dû rejeter après le mot *donateur* les mots *ou leurs ayant-cause!* Si le rédacteur eût procédé ainsi, nous ne trouverions plus personne qui pût opposer le défaut de transcription : car il ne peut jamais être opposé que par certains ayant-cause du donateur, tels qu'un acheteur, un créancier hypothécaire, etc.

Que si, par impossible, la jurisprudence venait jamais à changer sur le point qui nous occupe, la loi elle-même fournirait des moyens bien simples d'échapper aux conséquences de ce revirement. Les notaires prendraient infailliblement l'habitude d'insérer dans les actes de donation l'une des clauses suivantes : « *Dans le cas où la présente donation manquerait son effet pour n'avoir pas été transcrite avant la mort du donateur, celui-ci déclare donner l'équivalent en argent ;* » ou, ce qui serait encore plus simple : « *Le donateur se charge de faire faire lui-même la transcription.* » Je ne pense pas que le donateur résistât souvent au notaire conseillant l'insertion d'une pareille clause, — clause aussi licite et efficace aujourd'hui qu'elle l'eût été peu sous l'empire de l'Ordonnance. Alors est-ce bien sérieusement que le Code aurait pourvu à l'intérêt des héritiers?

— Ce système est également enseigné par MM. Val.; Dur., t. VIII, n° 518; Marc., art. 941 ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 85-86 ; Demol., t. III, n° 307. — Joignez les autorités que cite ce dernier auteur. — Pour moi, j'ai cru devoir, après bien des perplexités, persister dans ma première opinion (voy. mon *Traité de la transcription*, n^os^ 423 et s.; 428 et 433).

La loi ne le comprend point parmi les personnes qui, bien qu'intéressées à la nullité de la donation, ne peuvent point opposer le défaut de transcription. Donc (etc.)... On objecte qu'il combat *de lucro captando ;* mais n'en est-il pas de même du premier donataire ? Une seconde objection se tire de l'art. 1072, qui déclare qu'une donation grevée de substitution est, quoique non transcrite, opposable à un second donataire ; mais j'ai déjà démontré que la transcription des *substitutions* n'a rien de commun avec la transcription des *donations* (voy. le n° 702, 4e obj.).

Ainsi, entre deux donataires successifs du même immeuble, celui-là est propriétaire qui le premier a fait transcrire sa donation (1).

Les créanciers chirographaires du donateur peuvent-ils opposer au donataire le défaut de transcription ?

704. — III. Les créanciers *chirographaires* du donateur ont frappé de saisie l'immeuble donné : *leur saisie est-elle valable ?* en d'autres termes, peuvent-ils opposer au donataire le défaut de transcription? Pourquoi non? ils ont *intérêt,* et ils ne sont point compris dans l'exception !

Les donations qui ont pour objet une servitude réelle ou un droit d'usage, doivent-elles être transcrites ?

705. — IV. La loi soumet à la formalité de la transcription les donations qui ont pour objet des biens *susceptibles d'hypothèques.* Les *immeubles* sont seuls susceptibles d'hypothèques (art. 2118) : les donations *immobilières* sont donc les seules qui doivent être transcrites. Mais tous les immeubles ne sont point susceptibles d'hypothèques : ainsi, quoique les droits d'usage et d'habitation et toutes les servitudes réelles soient des immeubles, ces biens ne peuvent pas néanmoins être hypothéqués (art. 2118). De là la question suivante : *Les donations qui ont pour objet soit un droit d'usage ou d'habitation, soit une servitude réelle, doivent-elles être transcrites?* Les tiers qui ont traité avec le donateur, qui, par exemple, ont acheté l'immeuble grevé de ces droits réels, ou qui ont acquis sur lui une hypothèque, peuvent-ils opposer au donataire le défaut de transcription ?

J'admets l'affirmative. La transcription a principalement pour but d'avertir les tiers que le donateur a perdu, en tout ou en partie, le droit de consentir des hypothèques sur tel immeuble qui lui appartenait ; or, si les droits d'usage, d'habitation, ou les servitudes réelles, qu'il a conférés par la donation qu'il a faite, ne sont point susceptibles d'hypothèques quand ils sont dans la main du donataire, il en est différemment quand on les considère par rapport au donateur : car, en hypothéquant l'immeuble sur lequel il a constitué ces droits, il hypothèque son droit de propriété, son droit plein et entier, c'est-à-dire tous les droits réels dont se compose le droit de propriété.

S'il en était autrement, les créanciers acquéreurs de l'hypothè-

(1) MM. Val.; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 86 et 87 ; Bressolles, sur *la transcr.*, n° 52 ; Demol., t. III, no 298. Voy. aussi mon *Traité de la transcription*, t. II, nos 429 et s. J'ai publié, dans la *Revue pratique* (t. XVII, p. 468), une dissertation sur ce point de droit.

que seraient obligés de subir les effets d'une donation dont ils n'auraient pas soupçonné l'existence : le but de la loi serait manqué (1).

§ VI. — *Des conséquences de la règle :* DONNER ET RETENIR NE VAUT.

Art. 944.

Comment faut-il entendre la règle que les donations sont essentiellement irrévocables?

706. — J'ai déjà expliqué cette règle de notre ancien droit; j'en ai donné la formule et l'origine (voy. les nos 518 et s., 674 et s.). Il faut, ai-je dit, l'entendre en ce sens, que la donation ne peut être valablement faite *sous des conditions potestatives de la part du donateur* : ainsi, la donation est valable quand, *dès à présent*, elle investit le donataire d'un droit *qui ne dépend plus de la volonté du donateur*. Si l'un de ces deux caractères manque, la donation est nulle.

Art. 943.

Les donations de biens à venir sont-elles valables?

Pourquoi ne le sont-elles pas?

Quid, si la donation comprend des biens présents et des biens à venir?

Que faut-il entendre par *biens présents*?

Par *biens à venir*?

De là les conséquences suivantes :

707. — 1° La donation qui ne comprend que des biens *à venir* est nulle. Celle qui comprend des biens présents et des biens à venir, est nulle quant aux biens à venir, mais valable quant aux biens présents : *utile per inutile non vitiatur*.

Que faut-il entendre par *biens présents* et par *biens à venir?* Les biens *présents* sont ceux qui, au moment de la donation, font partie du patrimoine du donateur, ou qu'il pourra acquérir en vertu d'un droit qui lui appartient dès à présent. Je vous donne le vignoble qui m'appartient : la donation a pour objet un bien présent. Je vous donne les fruits que mon vignoble produira l'an prochain, les bénéfices que me procurera une société dans laquelle j'ai *dès à présent* un intérêt ou une action : ce sont encore des biens présents que je vous donne.

Les biens *à venir* sont ceux sur lesquels le donateur n'a aucun droit *actuel*, pas même un droit *conditionnel*. Je vous donne *les biens que j'acquerrai pendant les deux années qui suivront la donation, les bénéfices que je retirerai d'une société dans laquelle je me propose de prendre un intérêt* : dans l'un et l'autre cas, la donation a pour objet des biens à venir. Cette donation est nulle, parce qu'elle pèche contre le principe d'irrévocabilité : le droit qu'elle doit transférer au donataire est, en effet, dépendant de la volonté du donateur, qui peut, suivant son caprice, acquérir ou ne pas acquérir des biens pendant les deux ans qui suivront la donation, prendre ou ne pas prendre un intérêt dans la société.

La donation de *tous les biens que le donateur laissera à son décès* est-elle nulle, même à l'égard des biens dont le donateur

— Je vous donne *tous les biens que je laisserai à mon décès* : cette donation est nulle quant aux biens sur lesquels le donateur n'avait aucun droit au moment de la donation ; mais l'est-elle également quant à ceux dont il était déjà propriétaire? Sans aucun

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 385; Val.; Dem., t. IV, no 80 *bis*, II. — Voy. aussi mon *Traité de la transcr.*, t. I, nos 112-116. — *Contrà*, MM. Dur., t. VIII, no 504; Marc., art. 939; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 81; Demol., t. III, no 249.

était propriétaire au moment de la donation ?

doute ! le donateur qui les a donnés sous la condition qu'il les aura encore au moment de son décès ne s'en est pas, en effet, dépouillé *irrévocablement*, puisqu'il est resté le maître d'en disposer.

La donation qui comprend tous les *immeubles* que le donateur possède au moment de la donation et tous ceux qu'il acquerra par la suite est-elle nulle pour le tout ?

Je vous donne *tous les* IMMEUBLES *que j'ai actuellement, ainsi que ceux que j'acquerrai par la suite :* la donation est valable quant aux biens présents, nulle quant aux biens à venir.

La donation qui comprend tous les *meubles présents* et les *meubles à venir* du donateur est-elle valable quant aux meubles présents ?

Je vous donne *tous les* MEUBLES *que j'ai actuellement et tous ceux que j'acquerrai par la suite :* la donation est nulle, même quant aux *meubles présents*, à moins qu'ils n'aient été désignés et estimés individuellement dans un état annexé à l'acte de donation (art. 948).

— Quant à la question de savoir si l'on peut valablement donner telle somme *payable au décès du donateur*, ou telle somme *à prendre sur les biens qu'il laissera à son décès*, voy. les nos 519 et 520.

Art. 945.

La donation faite sous la condition de payer les dettes du donateur est-elle valable ?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ?

708. — 2° « Est pareillement nulle la donation faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé. »

Deux cas sont prévus :

1er CAS. Donation avec charge de payer les dettes *présentes* du donateur. Cette donation est valable : car tout est irrévocablement réglé par la convention.

2e CAS. Donation avec charge de payer les dettes « *exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui y est annexé.* » Quelle est l'espèce prévue ? de quelles dettes la loi entend-elle parler ? des dettes *présentes* ou des dettes *futures ?* Cette phrase de l'art. 945 est fort obscure. Ainsi, elle peut vouloir dire : 1° que la donation, au lieu d'être faite sous la condition de payer *toutes* les dettes présentes, pourra l'être à la charge de payer telles ou telles dettes présentes indiquées dans l'acte de donation ou dans un état qui y est annexé ; — 2° que la donation pourra être faite sous la condition de payer des dettes *futures*, pourvu, d'une part, qu'elles soient désignées nominativement, et que, d'autre part, *elles ne dépendent point de la volonté du donateur*, par exemple, la dette d'aliments dont il pourra être tenu envers ses père ou mère, ou la charge de payer les frais qu'occasionneront ses funérailles. Dans ces deux cas, la donation est valable.

Si la donation est faite sous la condition d'acquitter telles ou telles dettes futures *désignées*, mais *dépendantes* de la volonté du donateur, par exemple, à la charge de payer le prix d'une maison que le donateur se propose d'acheter, ou telle somme qu'il se propose d'emprunter, le donataire est tenu de payer les dettes désignées, soit qu'elles naissent, soit qu'elles ne naissent point. En effet, jusqu'à concurrence de ces dettes, la donation est nulle : elle est nulle parce que, dans cette limite, elle est révocable au gré du donateur, resté maître de reprendre une portion de ce qu'il a donné.

Quant à la donation faite à la charge de payer *toutes les dettes futures* du donateur, elle est entièrement nulle. En effet, elle est révocable pour le tout : car le donateur, ayant la liberté de contracter des dettes tant qu'il lui plaira, peut, s'il le veut, détruire entièrement l'effet de la donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera.

Art. 946.

Quid, lorsque le donateur s'est réservé le droit de disposer d'un objet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés?

709. — 3° La donation est également nulle *lorsque le donateur s'est réservé le droit de disposer des choses données*. Si la réserve ne porte que sur une partie de ces choses, la donation n'est frappée de nullité que relativement aux choses dont il s'est réservé la disposition. De même, s'il ne s'est réservé *que jusqu'à concurrence d'une certaine somme* la faculté de disposer des choses données, la donation est tout à la fois nulle jusqu'à concurrence de cette somme, et valable pour le surplus.

Elle reste nulle, en tout ou en partie, soit que le donateur ait usé, soit qu'il n'ait pas usé de la faculté qu'il s'était réservée. L'objet ou la somme qu'il pouvait reprendre appartient, par conséquent, à ses héritiers lorsqu'il est mort sans en avoir disposé. Ainsi, je vous ai donné mon domaine, mais je me suis réservé la faculté de disposer de la prairie qui en fait partie : quoi qu'il arrive, vous n'aurez aucun droit sur cette prairie : si j'en dispose, l'acquéreur la conservera ; si je n'use point du droit d'en disposer, elle passera à mes héritiers.

Art. 947.

Le principe d'irrévocabilité est-il applicable à toute espèce de donations?

710. — Les règles précédentes ne s'appliquent point aux donations faites en faveur du mariage, ou, pendant le mariage, entre époux (voy. les nos 973, 974, 995 et s.).

Art. 949.

Le donateur peut-il se réserver l'usufruit de la chose qu'il donne?

Pourquoi la loi a-t-elle jugé nécessaire de s'expliquer sur ce point?

711. — « Il est permis au donateur de faire la réserve, à son profit, de l'usufruit de la chose donnée. » La loi a cru devoir s'expliquer sur ce point, parce que certaines de nos anciennes coutumes poussaient si loin l'application de la règle *donner et retenir ne vaut*, qu'elles déclaraient nulles les donations dans lesquelles le donateur s'était réservé la jouissance de la chose donnée. Le dépouillement, disait-on, doit être irrévocable en fait et en droit; or, le donateur qui retient la possession de la chose donnée, pouvant la détruire, la faire disparaître, et devenir insolvable, conserve en fait la faculté de dépouiller le donataire.

Les coutumes d'Orléans et de Paris n'avaient pas admis ce système.

Le Code, qui avait à opter entre ces théories, a dû dire, afin de prévenir le doute à cet égard, laquelle des deux il entendait consacrer Et c'est avec raison qu'il a opté pour la seconde : car, lorsque je vous donne la nue-propriété d'une chose, je vous transfère *dès à présent* un droit qu'il n'est pas en mon pouvoir de vous retirer. Je puis, à la vérité, détruire la chose dont je conserve la possession ; mais, alors, je deviens envers vous passible de dommages et intérêts, et, quoi que je fasse, cette créance de dommages et intérêts ne s'éteindra que par une des causes légitimes d'extinction des obligations.

Art. 950.

Lorsque les biens dont le donateur s'est réservé l'usufruit sont mobiliers, que doit-il rendre, à la fin de l'usufruit ?

712. — Le donateur s'est réservé l'usufruit des meubles compris dans la donation : quels sont les droits du donataire quand arrive la fin de l'usufruit ? Deux cas sont à considérer :

1° *Les choses existent encore au moment de la cessation de l'usufruit.* Le donateur doit les rendre *dans l'état où elles sont :* le donataire supporte donc les détériorations qu'elles ont subies.

2° *Elles n'existent plus au moment de l'extinction de l'usufruit.* Le donataire peut alors réclamer la valeur qu'elles avaient *au moment de la donation*, d'après l'estimation qui en a été faite dans l'état estimatif annexé à l'acte de donation.

Si les meubles dont le donateur s'est réservé l'usufruit ont été détériorés, la détérioration est-elle, dans tous les cas, à la charge du donataire ?

S'ils ont péri, la perte est-elle, dans tous les cas, à la charge du donateur ?

Ces décisions de la loi sont l'une et l'autre trop absolues dans leurs termes. Ainsi, sur le premier cas, bien que la loi ne fasse aucune distinction, il est évident que le donataire ne doit subir que les détériorations provenant d'*un cas fortuit* ou de *l'usage régulier* que le donateur a retiré des choses sujettes à l'usufruit; celles qui proviennent de la *faute* ou du *dol* du donateur restent à la charge de ce dernier (art. 589). Il faut de même, sur le second cas, et nonobstant la généralité des termes de la loi, distinguer entre la perte provenant de la *faute* ou du *dol* du donateur et celle qu'a causée *un cas fortuit*. Que la première reste à la charge du donateur, rien de plus juste ; mais l'équité, l'esprit de la loi et l'autorité des principes, ne permettent point qu'on le charge encore de la seconde. Un usufruitier ordinaire ne répond point des cas fortuits ; le donateur qui s'est réservé l'usufruit des choses dont il s'est dépouillé est plus favorable qu'un usufruitier ordinaire : ce qui le prouve, c'est que la loi le dispense de donner caution (article 601). Or, s'il est plus favorable, d'où vient qu'on le traiterait plus sévèrement? Nous avons vu, d'ailleurs, que les *détériorations* provenant d'un cas fortuit ne sont pas à sa charge ; or, si *la détérioration* est régie par le droit commun, quelle raison y a-t-il de s'en écarter quant à *la perte totale* (1) ?

Le donateur usufruitier n'est-il pas, sous un certain rapport, très-durement traité ?

Toutefois, il faut bien le reconnaître, la loi s'écarte du droit commun en un point, et d'une manière fort rigoureuse pour le donateur. Je suppose que les choses dont il s'est réservé la jouissance périssent par sa faute, à une époque très-rapprochée de la cessation de l'usufruit, et très-éloignée de la donation : que paiera-t-il? La valeur qu'elles avaient *au moment de la donation*, d'après l'état estimatif annexé à l'acte! Cette valeur sera le plus souvent de beaucoup supérieure à celle qu'elles avaient au moment où elles ont péri : il paiera donc une indemnité supérieure au montant du dommage qu'il a causé. Cette décision de la loi est inexplicable.

13° *Répétition.*

§ VII. — *Du retour conventionnel.*

Art. 951.

Le donateur peut-il

713. — Une donation peut être faite sous la condition que les

(1) MM. Dur., t. VIII, n° 470; Val.; Dem., t. IV, n° 92 *bis*, II; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 67-68; Marc., art. 950; Demol., t. III, n° 491.

biens donnés feront retour au donateur s'il survit, soit au donataire seul, soit au donataire et à ses enfants.

stipuler le droit de retour?

La stipulation du droit de retour n'est pas contraire au principe de *l'irrévocabilité* des donations : car l'événement (le prédécès du donataire ou le prédécès du donataire et de ses enfants) qui doit amener la révocation est indépendant de la volonté du donateur.

Cette stipulation est-elle contraire au principe d'irrévocabilité des donations?

714. — I. *Des différents événements auxquels peut être subordonné le droit de retour.* — On peut convenir que les biens feront retour au donateur :

Quels sont les événements auxquels peut être subordonné le droit de retour?

1° *Si le donataire prédécède...* Dans cette hypothèse, le donateur préfère le donataire à lui-même, mais il se préfère à *tous* les héritiers du donataire : le prédécès de ce dernier révoque donc la donation sans qu'il y ait à distinguer s'il a ou non laissé des enfants.

2° *Si le donataire prédécède sans postérité...* Le donateur préfère à lui-même le donataire et ses enfants ; mais il se préfère aux autres héritiers du donataire. Le donataire prédécède-t-il *sans postérité :* la condition à laquelle était subordonnée la révocation de la donation est réalisée, le droit de retour est ouvert. Prédécède-t-il *avec des enfants :* la condition résolutoire est défaillie ; le droit de retour ne s'ouvrirait point, même au cas où les enfants du donataire mourraient avant le donateur et sans postérité.

Quand le droit de retour est-il ouvert lorsqu'il est stipulé sous cette condition : *si le donataire prédécède sans postérité?*

3° *Si le donataire et ses enfants prédécèdent...* Dans ce cas, le donataire prédécède-t-il *sans postérité :* le droit de retour est ouvert. Laisse-t-il des enfants : le droit de retour n'est pas nécessairement défaillir; il s'ouvrira si ces enfants meurent, même avec des enfants, avant le donateur.

Quand s'ouvre-t-il lorsqu'il est stipulé sous cette condition : *si le donataire et ses enfants prédécèdent?*

— Dans les deux dernières hypothèses, l'ouverture du droit de retour n'est pas empêchée par l'existence d'un enfant naturel reconnu, ou d'un enfant adopté depuis la donation. L'existence de ces enfants n'est probablement pas entrée dans les prévisions du donateur; or, toute condition doit être interprétée selon le sens que les parties lui ont vraisemblablement donné (art. 1175).

Dans ces deux cas, l'ouverture du droit de retour est-elle empêchée par l'existence d'un enfant naturel reconnu, ou d'un enfant adopté depuis la donation?

715. — II. *Au profit de qui peut être stipulé le droit de retour.* — Il ne peut l'être qu'au profit du donateur. Ainsi, la clause du retour stipulé dans l'intérêt des héritiers du donateur ou dans l'intérêt d'un tiers est nulle.

Au profit de qui peut être stipulé le droit de retour?

Je le suppose stipulé dans l'intérêt des héritiers du donateur ou dans l'intérêt d'un tiers : cette clause constitue-t-elle ne *substitution prohibée* ou une *condition illicite?* Quel est l'intérêt de cette question?

La nullité de cette clause entraîne-t-elle la nullité de *la donation elle-même?* La solution de cette question dépend de la solution de celle-ci : La clause du retour stipulé pour les héritiers du donateur ou pour un tiers constitue-t-elle une *substitution prohibée*, ou une simple *condition illicite?* Au premier cas, tout est nul : la clause de retour et la donation (voy. le n° 914). Au second, la donation demeure valable ; la clause de retour seule est nulle : on la répute non écrite, conformément à l'art. 900.

Que décider? Je crois, quant à moi, que le retour, lorsqu'il est

stipulé pour toute autre personne que le donateur, constitue, suivant les cas, tantôt une *substitution prohibée*, tantôt une simple *condition illicite :* une substitution prohibée, quand la clause qui l'établit réunit en elle tous les caractères distinctifs des dispositions auxquelles l'art. 896 se réfère (je préciserai ces caractères sous les nos 908 et suiv.); une simple condition illicite, dans le cas contraire (1).

Art. 952.

Quel est l'effet du droit de retour ? Est-il opposable aux ayant-cause du donataire ?

716. — III. *Des effets du droit de retour.* — La donation faite avec la clause de retour est faite sous une condition résolutoire. Si cette condition se réalise, les choses sont remises au même état qu'auparavant : la donation est réputée n'avoir jamais existé, le donataire n'a jamais été propriétaire des biens donnés, le donateur n'a jamais cessé de l'être; d'où les conséquences que nous avons énumérées sous le n° 117.

Le principe que l'immeuble qui fait retour au donateur lui revient libre des hypothèques acquises du chef du donataire ne souffre-t-il pas une exception ? A quelles conditions est subordonnée cette exception ?

717. — IV. *Exception au principe que l'immeuble qui fait retour au donateur lui revient libre des hypothèques acquises du chef du donataire.* — Cette exception est relative à l'hypothèque légale de la femme du donataire.

Bien que cette exception soit favorable, il faut néanmoins la renfermer rigoureusement dans ses termes, car elle constitue une dérogation au droit commun. Or, l'analyse de l'art. 952 nous montre que l'hypothèque légale qu'avait la femme du donataire sur l'immeuble qui fait retour au donateur n'est conservée qu'autant que trois conditions concourent. Il faut : 1° que la donation ait été faite dans le *contrat même de mariage du donataire;* 2° que la femme ait, par le même contrat, constitué une dot ou stipulé de son mari certains avantages (son hypothèque ne subsiste donc point pour la garantie des droits qu'elle a acquis contre son mari *pendant le mariage*); 3° que les autres biens du mari soient insuffisants pour assurer par eux-mêmes la restitution de la dot et le paiement des avantages que la femme a stipulés en son contrat de mariage.

Sur quel motif est-elle fondée ? Y peut-on déroger par une clause expresse ?

Cette dérogation au droit commun repose sur une présomption : la loi suppose que le donateur consent tacitement à ce que l'immeuble dont il dispose au profit du futur époux garantisse, au moins subsidiairement, les droits que le contrat de mariage assure à la future épouse. Que si, par une déclaration formelle insérée au contrat de mariage, il stipule qu'il n'entend point garantir les droits de la femme, la présomption dont nous venons de parler n'étant plus possible, notre exception n'a point lieu.

(1) Voy., sur cet important point de droit, MM. Dur., t. VIII, no 487; Dem., t. III, n° 10 *bis*, IX; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 14, 23 et 24; Marc., art. 951; Demol., t. I, nos 107 et s.; Bertauld, *Rev. prat.*, t. XII, p. 467 et s.

SECTION II. — DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

§ I. — *Des causes de révocation.*

Art. 953.

Quelles sont les causes de révocation des donations?

Ces causes de révocation constituent-elles des exceptions au principe que les donations sont essentiellement irrévocables?

718. — Ces causes sont : 1° l'inexécution des conditions; 2° l'ingratitude du donataire; 3° la survenance d'un enfant, si le donateur n'en avait aucun au moment de la donation.

Nous savons que la règle *donner et retenir ne vaut* signifie qu'une donation ne peut être faite *sous des conditions potestatives de la part du donateur*. Ce n'est donc pas porter atteinte à l'irrévocabilité de la donation que d'en subordonner la révocation à une condition *purement casuelle* (voy. les nos 517 et s.).

La révocation de la donation par la survenance d'un enfant est bien une *exception* au principe d'irrévocabilité : car, si l'événement qui doit la révoquer est *casuel* de sa nature, il faut reconnaître néanmoins qu'il est aussi *potestatif* de la part du donateur.

En est-il de même de la révocation pour cause d'*inexécution des conditions* ou pour cause d'*ingratitude?* Il semble bien que non : car l'inexécution des conditions par le donataire et son ingratitude sont, par rapport au donateur, des événements *purement casuels*, entièrement indépendants de sa volonté. Ces causes de révocation semblent donc rentrer, non pas dans l'*exception*, mais dans la *règle*.

On s'est cependant tiré d'affaire en disant : L'inexécution des conditions et l'ingratitude du donataire n'opèrent point par elles *seules* la révocation de la donation : tant que le donateur n'a pas fait prononcer cette révocation en justice, la donation tient toujours (art. 956). La révocation dépend donc, jusqu'à un certain point, de la volonté du donateur, puisqu'il peut, suivant que cela lui convient, maintenir la donation ou la faire révoquer (1).

§ II. — *De la révocation pour cause d'inexécution des conditions.*

Art. 954.

Quel est le sens que la loi attache au mot *conditions*, lorsqu'elle dit que les donations sont révocables pour cause d'inexécution des conditions?

719. — I. *Observations.* — Lorsque la donation est faite sous une condition suspensive, l'inaccomplissement de cette condition ne *révoque* pas la donation : car on ne révoque que ce qui existe, et, dans l'espèce, la donation n'existe point, puisque sa validité ou sa perfection était subordonnée à la réalisation d'une condition aujourd'hui défaillie. La défaillance de la condition empêche la donation de *se former*, elle ne la *révoque point*.

Le mot *conditions* n'est donc pas pris ici dans son sens juridique; il faut l'entendre dans son sens pratique et le considérer comme synonyme du mot *charges*. Lors, en effet, qu'une donation contient *des charges*, elle est réputée faite *sous la condition* qu'elle sera *ré-*

(1) M. Val.

solue ou, ce qui revient au même, *révoquée* si elles ne sont point exécutées.

Quels sont les différents partis que peut prendre un vendeur lorsque l'acheteur n'exécute pas ses obligations?

720. — II. *Du droit qu'a le donateur lorsque le donataire n'a pas exécuté les charges de la donation.* — L'inexécution de ses obligations par l'un des contractants est, dans tout contrat synallagmatique, une condition résolutoire tacite. Mais il y a là une *faculté* pour celui qui a exécuté ou qui offre d'exécuter le contrat. Il peut, à son choix, prendre l'un ou l'autre de ces deux partis : demander la résolution du contrat, ou le maintenir et demander que l'autre partie l'exécute.

Ainsi, lorsqu'un acheteur ne se met pas en règle, le vendeur peut reprendre la chose vendue en demandant la résolution du contrat, ou le maintenir et exiger par toutes voies de droit le paiement du prix (art. 1184).

Faut-il suivre la même théorie à l'égard du donateur, lorsque le donataire n'exécute pas les charges de la donation?

Peut-il, maintenant le contrat de donation, forcer, par toutes voies de droit, le donataire à exécuter les charges?

Le donateur peut également, quand le donataire n'a pas exécuté les charges, demander la résolution de la donation, et reprendre la chose donnée si elle existe encore, ou se faire payer sa valeur si elle a péri par la faute du donataire. Mais peut-il, s'il le préfère, maintenir la donation, et poursuivre, par toutes voies de droit, l'exécution des charges?

1er SYSTÈME. Ce n'est qu'en s'attachant au but immédiat et dominant que se sont proposé les parties qu'on peut exactement déterminer la nature d'une opération. Or, quel est le but des parties dans une donation? Ce n'est certainement pas pour obtenir l'exécution des charges que le donateur offre sa libéralité : il veut *gratifier* le donataire. En acceptant la libéralité qui lui est offerte, celui-ci croit et veut recevoir *un don* : il n'entend pas se lier envers le donateur. Ainsi, de part et d'autre, le but principal, dominant, c'est la libéralité que l'une des parties veut faire, que l'autre entend recevoir. Les charges ne sont que l'idée secondaire du contrat, un simple accessoire : ce serait donc le dénaturer et se placer à côté de la volonté des parties que de l'assimiler à un contrat à titre onéreux.

Le mot *contrat*, qui se trouvait dans la définition de la donation, fut, nous le savons (voy. le n° 516), remplacé par le mot *acte* ; or, ce changement fut adopté sur ce motif que la donation *n'engendre point des obligations réciproques*. C'était avoir, sans doute, une fausse idée de la théorie des contrats ; mais ce changement montre clairement que, dans la pensée du législateur, la donation *n'oblige point le donataire*. Aussi la loi ne lui fait-elle point l'application pure et simple des règles qui régissent les contrats synallagmatiques : elle n'accorde, en effet, au donateur qu'un *seul droit*, le droit de résolution ; elle ne l'autorise point à poursuivre l'exécution des charges.

« Mais, dit-on, lorsque la donation est offerte à un mineur, le tuteur ne peut l'accepter qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 463) : donc la loi considère que la donation peut intéresser passivement les biens du donataire, qu'elle est, en un mot, *obligatoire* pour lui comme pour le donateur. »

L'objection n'est pas concluante. On comprend, en effet, la nécessité de l'intervention du conseil de famille, lors même qu'on se place dans le système que nous soutenons. La loi veut, dirons-nous, qu'il soit consulté, non pas afin de conserver la fortune du mineur, qui n'est point compromise, mais afin de sauvegarder son honneur : car l'offre qui lui est faite peut avoir une cause honteuse. Et ce qui prouve bien que tel est l'unique but de la loi, c'est qu'elle n'exige plus l'intervention du conseil de famille lorsque l'acceptation est faite par un ascendant du mineur (voy. le n° 665).

Il existe, il est vrai, un cas spécial où ce système n'est point applicable ; je veux parler de l'hypothèse prévue par l'art. 1052. Mais cette disposition est fondée sur un motif particulier : la loi a considéré qu'il ne serait pas juste que le donataire pût, en refusant d'exécuter les charges qui lui sont imposées, faire perdre le droit acquis que les *appelés* ont sur les biens grevés de substitution. Cette disposition est donc exceptionnelle; or, *exceptio firmat regulam*.

Dans ce système, le donataire peut ne pas exécuter les charges, mais, bien entendu, sous la condition de restituer la chose donnée, ou ce qui en reste, si elle a subi des détériorations. Si elle a totalement péri, il n'a rien à rendre.

— Toutefois, si les charges imposées au donataire constituent un équivalent passif égal ou à peu près égal au bénéfice qu'il a reçu, la convention qualifiée *donation* n'est en réalité qu'un contrat innomé et *à titre onéreux*. L'art. 1184 doit alors recevoir sa pleine et entière exécution : car les juges doivent plutôt considérer la nature de la convention que le nom que les parties lui ont donné.

Enfin, lors même que le montant des charges est inférieur à la valeur des biens donnés, si le donataire s'est, par une clause expresse, personnellement obligé à leur exécution, l'art. 1184 doit encore recevoir son application. Le contrat est alors d'une nature mixte : contrat *à titre onéreux* jusqu'à concurrence des charges, *donation* jusqu'à concurrence de l'excédant des biens donnés sur le montant des charges (1).

721. — 2e SYSTÈME. La donation est *obligatoire même pour le donataire*. Que dit, en effet, l'art. 463? Que la donation offerte à un mineur et acceptée par le tuteur autorisé du conseil de famille produit *le même effet qu'à l'égard d'un majeur*. La donation produit donc un effet *à l'égard du donataire;* or, évidemment, la loi n'a pas entendu parler de l'effet *actif* de la donation, car il eût été absurde de faire une disposition expresse pour dire que le donateur ne peut pas révoquer la donation quand elle a été acceptée selon les formes prescrites. Ainsi, la donation a un effet à l'égard du donataire, un effet *passif* : donc elle est *obligatoire* contre lui (2).

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 362 ; Val.; Dem., t. IV, n° 96 *bis*, I et II.
(2) MM. Dur., t. VIII, n° 17; Duv.; Marc., art. 954; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 100 et 101 ; Demol., t. III, n° 575.

Art. 956.

La donation est-elle révoquée de plein droit par l'inexécution des charges?

Quel est le moment à partir duquel le donataire ne peut plus empêcher la révocation en exécutant les charges?

722. — III. *Du moment à partir duquel la donation est révoquée.* — L'inexécution des conditions n'opère pas *de plein droit* la révocation de la donation.

Le donataire a laissé passer le délai fixé pour l'exécution des charges : la donation tient toujours.

Le donateur lui a fait faire, par huissier, sommation de les exécuter ; la sommation est restée sans effet : la donation tient encore.

Allons plus loin. Le donateur a formé contre lui une demande en révocation : la donation n'est pas révoquée.

Ainsi, le donataire peut empêcher la révocation, en exécutant les charges, soit depuis l'échéance du terme fixé pour leur exécution, soit depuis la sommation de les exécuter, soit même depuis la demande en révocation. Quand donc ne le peut-il plus ? quand la donation est-elle révoquée ? *Quand la révocation a été, sur la demande du donateur, prononcée en justice.*

Si le donateur demande la révocation, le tribunal *doit-il nécessairement* la prononcer ?

723. — Mais le tribunal *doit-il nécessairement* prononcer la révocation, si le donateur justifie que le donataire n'a pas exécuté les charges ? Cette nécessité n'existe point. Elle eût été, dans certains cas, trop rigoureuse. Il est possible, en effet, que le donataire soit de bonne foi et tout disposé à satisfaire le demandeur ; des circonstances malheureuses ont pu survenir qui l'ont empêché de se mettre en règle : ainsi, il n'a pas à sa disposition les fonds nécessaires pour se libérer, mais il a fait des diligences pour s'en procurer ; encore quelques jours, et il aura l'argent qu'il destine à l'exécution des charges. L'équité demande qu'on tienne compte de sa position, et la loi permet aux juges de lui venir en aide en lui accordant un délai.

Ainsi, la révocation n'a pas lieu de plein droit, par la seule échéance du terme ; le donateur doit la demander en justice. Le tribunal, saisi de sa demande, a un pouvoir appréciateur : si l'inexécution est imputable au dol ou à la faute du donataire, et, dans tous les cas, si le donateur est en danger de perdre la chose donnée et le bénéfice qu'il doit retirer de l'exécution des charges, ou enfin, si leur exécution n'est plus possible, le tribunal prononce immédiatement la révocation. Dans l'hypothèse contraire, il peut accorder au donataire des délais modérés (art. 1184, 1244 et 1655).

La donation est-elle révoquée de plein droit si le donataire n'a pas exécuté les charges dans le délai de grâce que le tribunal lui avait accordé?

724. — Le donataire a laissé passer, sans exécuter les charges, le délai *de grâce* qui lui a été accordé : la donation est-elle alors révoquée ? Elle ne l'est pas encore. Le donataire peut utilement les exécuter, même après l'expiration de ce délai ; mais le tribunal, s'il en est requis par le donateur, doit prononcer immédiatement la révocation : il n'a pas le droit d'accorder un nouveau délai.

725. — Ces règles peuvent être modifiées par la convention des parties. Ainsi, le donateur peut stipuler dans l'acte de la donation :

1° *Qu'elle sera révoquée de plein droit si le donataire n'a pas, à telle époque déterminée, exécuté les charges.* — La révocation résultera-t-elle alors de l'inexécution des charges à l'époque fixée? Non. La loi, qui craint que le donataire ne s'endorme dans une fausse confiance, veut que le donateur l'avertisse par une sommation qu'il entend user de son droit dans toute sa rigueur. Si le donataire, ainsi mis en demeure, n'exécute pas les charges le jour même de la sommation, ou, au plus tard, le lendemain, la donation est résolue : *résolue de plein droit*, en ce sens que le tribunal saisi de la demande en révocation doit immédiatement la prononcer; il ne lui est pas permis d'accorder un délai au donataire (art. 1656, arg. d'anal.).

Peut on convenir que la donation sera de plein droit révoquée si le donataire n'a pas, à telle époque, exécuté les charges?

Dans ce cas, la révocation résulte-t-elle de plein droit de l'inexécution des charges à l'epoque fixée?

2° Que, si les charges ne sont pas exécutées à l'époque fixée, la donation sera révoquée *par la seule échéance du terme, et sans qu'il y ait besoin de sommation* (art. 1139). Dans cette hypothèse, le donataire ne peut pas empêcher la révocation en exécutant les charges après l'époque fixée pour leur exécution.

Quid, lorsqu'on est convenu que, si les charges ne sont pas exécutées à l'époque fixée, la donation sera révoquée de plein droit, par la seule échéance du terme, et sans qu'il y ait besoin de sommation?

726. — IV. *Des effets de la révocation pour cause d'inexécution des charges.* — L'inexécution des charges s'analysant en une condition résolutoire tacite, la révocation qu'elle entraîne anéantit la donation, non-seulement pour l'avenir, mais même pour le passé: les choses sont remises *au même état qu'auparavant* (art. 1183). Ainsi, toutes les aliénations consenties par le donataire sont nulles; le donateur reprend les biens libres et francs de toutes hypothèques ou charges acquises sur eux, du chef du donataire : *résoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (voy., à ce sujet, les nos 716 et 117).

Quels sont les effets de la révocation pour cause d'inexécution des charges?

Cette révocation est-elle opposable aux tiers?

727. — V. *De la restitution des fruits.* — Le donataire doit rendre les fruits perçus *après* et même *avant* la demande en révocation : il doit les rendre *tous*, car il ne faut pas qu'il bénéficie d'un contrat qu'il n'a pas voulu exécuter, qu'il a lui-même considéré comme non avenu (1).

Le donataire est-il tenu de rendre les fruits qu'il a perçus *avant* la demande en révocation?

728. — VI. *Des personnes auxquelles appartient l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges, et des personnes contre lesquelles elle peut être exercée.* — Elle appartient : 1° au donateur; 2° à ses héritiers; 3° à ses créanciers, conformément au principe de l'art. 1166.

A quelles personnes appartient l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges?

Contre quelles personnes peut-elle être exercée?

Elle peut être exercée : 1° contre le donataire; 2° contre ses héritiers. — Le donateur qui a fait prononcer la révocation peut revendiquer utilement les biens donnés contre les tiers qui les possèdent, à moins qu'ils n'aient une prescription à lui opposer.

729. — VII. *De la prescription de l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges.* — Cette action dure trente ans, confor-

Par quel laps de temps se prescrit-elle?

(1) M. Val. — Suivant M. Duranton (t. VIII, no 543), les fruits ne sont dus qu'à compter du jour où le donataire est en faute de n'avoir pas exécuté les charges. D'après M. Demante (t. III, no 611), le donataire ne les doit qu'à compter du jour de la demande en révocation (art. 958, arg. par *a fortiori*).

ment au droit commun. L'art. 1304, qui parle d'une prescription de dix ans, n'est applicable qu'aux actions en *nullité* ou *rescision* de contrat; il est étranger aux actions en *résolution*. Les trente ans courent du jour qui suit celui qui avait été fixé pour l'exécution des charges.

Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer entre l'action en *révocation* contre le donataire et l'action en *revendication* contre les tiers?

L'action en *revendication* contre les tiers possesseurs des biens donnés se prescrit, quant aux immeubles, soit par trente ans, soit par dix ans ou vingt ans, suivant les distinctions établies par les art. 2262 et 2265. La prescription, dans ce cas, court *du jour de la possession*. — Elle se prescrit, quant aux meubles, par le fait seul de la possession, si ceux qui les possèdent sont de bonne foi (art. 2279); par trente ans, dans l'hypothèse contraire.

§ III. — *De la révocation des donations pour cause d'ingratitude.*

Art. 955.

La révocation pour cause d'inexécution des charges, et la révocation pour cause d'ingratitude, sont-elles de même nature?

La seconde est-elle une *révocation* proprement dite?

730. — I. *Du principe de cette révocation.* — L'inexécution des charges est une *condition résolutoire* de la donation. La loi suppose qu'il a été entendu entre les parties que la donation sera révoquée, considérée comme non avenue, *si le donataire n'exécute pas les charges*: en conséquence, lorsque cet événement se réalise, le donateur est réputé n'avoir jamais eu la volonté de donner. La donation est donc anéantie, même dans le passé, ou plutôt considérée comme n'ayant jamais existé. C'est ce qui explique pourquoi cette espèce de révocation a son effet, même à l'encontre des tiers qui ont contracté avec le donataire (voy. le n° 726).

La révocation pour *cause d'ingratitude* n'est point fondée sur l'interprétation de la volonté des parties : car un tel fait n'entre point dans leurs prévisions. C'est une *peine* que la loi prononce contre le donataire qui, par son ingratitude, a blessé la morale publique. A proprement parler, la donation n'est pas *révoquée* (1). On *retire* les biens au donataire, afin de le *punir* du délit dont il s'est rendu coupable; mais la donation n'est pas anéantie dans le passé : le donataire a été réellement propriétaire des biens donnés jusqu'au moment de la révocation, il ne cessé de l'être que pour l'avenir. — Cette manière d'envisager la révocation que subit le donataire ingrat explique toutes les règles qui s'y rattachent, notamment la règle que les droits constitués par le donataire sur les biens qu'on lui retire subsistent au profit des tiers qui les ont acquis (voy. le n° 735) (2).

Quels sont les faits qui constituent le donataire en cas d'ingratitude?

731. — II. *Des faits qui constituent l'ingratitude.* — Ces faits sont au nombre de trois. La loi les ayant déterminés limitativement, les juges ne peuvent, sous aucun prétexte, révoquer la donation en dehors des cas textuellement prévus. Elle ne peut donc être révoquée que dans les trois cas suivants :

(1) J'ai combattu cette manière de voir, dans mon *Traité de la transcription* (n° 533).

(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 412; Val.; Dem., t. IV, n° 98 *bis*, I; Demol., t. III, n° 617.

1° *Si le donataire a attenté à la vie du donateur.* — Il n'est pas nécessaire que le donataire ait été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au donateur; il suffit qu'il soit judiciairement établi qu'il a attenté à sa vie. Ainsi, lorsque dix ans se sont passés depuis l'attentat, le donataire ne peut plus être poursuivi et condamné criminellement, car l'action publique est prescrite; mais l'action en révocation de la donation ne l'est pas. Si donc le donateur ou ses héritiers apprennent et établissent que l'attentat dont il a été victime, il y a 10, 15, 20, 25... ans, a été commis par le donataire, la révocation de la donation pourra être demandée et prononcée.

732. — 2° *S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves.* — Les « sévices... » consistent dans une série de mauvais traitements, de vexations, qui rendent la vie insupportable. Les « délits... » sont tous faits punis par une loi pénale et commis par le donataire sur la personne ou sur les biens du donateur. Les « injures... » sont tous faits, écrits ou paroles, qui portent atteinte à l'honneur du donateur.

Les sévices, délits ou injures, doivent avoir un certain caractère de gravité : ainsi, tout le monde convient qu'un délit de chasse commis par le donataire sur les biens du donateur n'est pas une cause de révocation. Tout dépend des circonstances : les juges ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire.

Le défaut de dénonciation du meurtre du donateur ne constitue point une injure grave faite à sa mémoire. Mais, en fût-il autrement, je déciderais encore que ce fait n'est point une cause de révocation de la donation. Je montrerai, en effet, en expliquant l'art. 957, 2e alinéa, que l'injure grave faite à la mémoire du donateur n'autorise point ses héritiers à demander, pour cette cause, la révocation de la donation (voy. le n° 746).

Le défaut de dénonciation du meurtre du donateur constitue-t-il une ingratitude?

733. — 3° *S'il lui refuse des aliments.* — Ainsi, le donataire est tenu de fournir des aliments au donateur; c'est une obligation que la loi elle-même lui impose. Mais il est bien entendu que cette obligation ne commence qu'à partir du moment où le donateur est dans le besoin et sans ressources. J'en conclus que le donataire peut légitimement, sans encourir la révocation de la donation, refuser de venir à son secours, lorsqu'il a des parents obligés de lui fournir des aliments et en état de le faire (art. 203-205) (1). — J'ajoute que les aliments dont le donataire est tenu doivent être calculés, non pas d'après *son entière fortune*, mais eu égard *aux revenus des choses données*, et que, dans tous les cas, ils ne doivent point dépasser ces revenus. Autrement, on laisserait au donateur un moyen indirect de révoquer sa libéralité, ce qui serait contraire au principe de l'irrévocabilité des donations (2).

Dans quel cas le donataire doit-il des aliments au donateur? Comment en déterminer le *quantum*?

(1) MM. Val.; Dem., t. IV, n° 98 *bis*, VI; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 106; Demol., t. III, n° 647. — *Contrà*, M. Dur., t. VIII, n° 558.

(2) M. Val. — *Contrà*, MM. Dem., t. IV, n° 98 *bis*, VII; Demol., t. III, n° 649.

La révocation d'une donation pour cause d'ingratitude et l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité sont-elles régies par les mêmes règles ?

734. — La loi admet plus facilement la révocation d'une donation pour cause d'*ingratitude* que l'exclusion de la succession pour cause d'*indignité*. Ainsi :

1° L'attentat à la vie du donateur est une cause de révocation de la donation, lors même que le donataire n'a subi aucune *condamnation* (voy. le n° 731-1°) ; tandis que l'héritier n'est exclu, pour la même cause, qu'autant qu'il a été *condamné* criminellement (voy. le n° 49).

2° Les sévices, délits, injures graves ou refus d'aliments, qui sont des causes de révocation de la donation, ne constituent point l'héritier en état d'indignité.

Deux motifs expliquent ces différences.

Quels sont les motifs de ces différences ?

1° L'exclusion de la succession étant une dérogation à un état de choses auquel la loi attache une importance toute politique, à l'ordre légal des successions, on a dû ne l'admettre qu'avec beaucoup de réserve et pour des causes extrêmement graves. La révocation de la donation, au contraire, est un retour à l'ordre légal des successions, puisqu'elle fait revenir les biens là où la loi désire qu'ils restent, à la famille : on a dû, par conséquent, l'admettre plus facilement que l'exclusion de la succession.

2° Le donataire tient ses droits de la seule volonté du donateur ; la vocation de l'héritier vient de la loi : la donation impose donc un devoir de reconnaissance plus direct, plus rigoureux, que celui qui naît de la vocation à la succession.

Art. 956.

La révocation pour cause d'ingratitude a-t-elle lieu de plein droit ?

Les juges sont-ils tenus de la prononcer dès qu'elle est demandée ?

Pourquoi n'a-t-elle pas lieu de plein droit ?

735. — III. *Du moment à partir duquel la donation est révoquée pour cause d'ingratitude.* — L'ingratitude du donataire, de même que l'inexécution des charges, n'opère pas *de plein droit* la révocation de la donation. Comment expliquer cela ? On peut en donner deux motifs :

1° La révocation de la donation pour cause d'ingratitude est la réparation d'un outrage dont le donateur qui l'a souffert doit être seul juge ; or, si la donation était révoquée *de plein droit*, la révocation pourrait être invoquée, non-seulement par le donateur, mais encore par toute personne intéressée.

2° Cette révocation étant une réparation accordée à l'offensé, il était juste de laisser au donateur la faculté de pardonner l'offense et de renoncer au bénéfice de la révocation. Or, si la donation eût été révoquée *de plein droit*, la révocation aurait *eu lieu malgré lui*, en sorte qu'il eût été privé du droit de pardonner. Il aurait pu, sans doute, persévérer dans sa libéralité ; mais il eût été alors obligé de faire une donation nouvelle et selon les formes légales (voy. le n 770-2°).

Quand donc a-t-elle lieu ?

Ainsi, la donation est révoquée quand sa révocation a été, sur la demande du donateur, prononcée en justice.

Art. 958.

Quels sont les effets de la révocation pour cause d'ingratitude ?

Sont-ils les mêmes que ceux qui résultent

736. — IV. *Des effets de la révocation pour cause d'ingratitude.* — Si la révocation pour cause d'ingratitude avait, comme la révocation pour cause d'inexécution des charges, un effet rétroactif, si la donation était anéantie tant dans le passé que pour l'avenir, il

faudrait appliquer la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, et, en conséquence, annuler tous les droits que les tiers ont acquis du chef du donataire. Mais cette rétroactivité attachée à la révocation serait injuste : les tiers qui ont traité avec le donataire sont, en effet, innocents de l'offense dont le donateur poursuit la réparation.

de la révocation pour cause d'inexécution des conditions? Quel est le motif de la différence?

La loi a donc dû suivre un autre système. Elle est partie de cette idée : la révocation pour cause d'ingratitude est la réparation d'une offense ; celui-là seulement la doit qui est coupable.

Le donataire est le coupable, il doit être puni : on lui retirera le bénéfice de la donation. Les tiers qui ont traité avec lui n'ont point participé au délit dont le donateur demande la réparation : ils ne doivent pas être punis ; ils conserveront donc tous les droits qu'ils ont acquis du chef du donataire sur la chose donnée.

Quel est le moment à partir duquel le donataire qui est en état d'ingratitude ne peut plus consentir sur la chose donnée des droits opposables au donateur?

Toutefois, la loi a dû pourvoir aux intérêts du donateur et déterminer, en conséquence, un moment à partir duquel le donataire n'aura plus le droit de disposer irrévocablement des choses qu'il est tenu de restituer.

Quel sera ce moment? Ce doit être naturellement celui à partir duquel les tiers auront pu connaître la demande en révocation. Maintenant, par quel procédé le donateur leur fournira-t-il le moyen de la connaître? La loi a pris soin de le déterminer, mais pour le cas seulement où la donation est d'*un immeuble* : le donateur doit faire inscrire en marge de la transcription qui a dû être faite, conformément au principe de l'art. 939, un extrait de sa demande en révocation.

Quid, si la donation n'a pas été transcrite?

La loi suppose que le donataire a fait transcrire la donation ; mais, si elle n'a pas été transcrite, comment le donateur procédera-t-il? Notre article étant muet sur ce point, la pratique a dû suppléer à son silence : le donateur peut requérir lui-même la transcription de la donation et faire faire en marge mention de sa demande en révocation. Il peut même, car la transcription de la donation occasionne des frais dont il n'est peut-être pas disposé à faire l'avance, requérir l'inscription de sa demande sur le registre courant des transcriptions.

Ainsi, tous les droits que les tiers ont acquis du chef du donataire, sur la chose donnée, depuis la donation, mais avant le délit, depuis le délit, mais avant la demande en révocation, et même depuis cette demande jusqu'au moment où elle a été rendue publique, tous ces droits sont maintenus. Sont nuls, au contraire, tous ceux qui ont été consentis postérieurement à l'inscription de la demande sur les registres du conservateur.

Quid, dans le cas où la donation dont on demande la révocation ne comprend que *des meubles*?

737. — Ce système n'est point praticable lorsque la donation a des *meubles* pour objet : les donations de meubles ne sont point, en effet, soumises à la formalité de la transcription. Quel sera donc le moment à partir duquel la révocation deviendra opposable aux tiers? La loi ne le disant point, nous devons naturellement suivre, à cet égard, les principes de l'ancien droit ; or, selon

notre ancienne jurisprudence, les effets de la révocation remontaient jusqu'au jour *de la demande*. Ainsi, quand le donataire a, depuis la demande, vendu, mais *non livré*, les meubles compris dans la donation, le donateur les peut revendiquer. Quand la vente a été suivie de tradition, l'acheteur, s'il est de bonne foi, est alors sauvegardé par la maxime : *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279) (1).

Quid, lorsqu'elle a eu pour objet une créance que le donateur avait sur un tiers? Comment, dans ce cas, rend-on publique la demande en révocation ?

738. — Lorsque la donation a pour objet *une créance* que le donateur avait sur un tiers, rien n'est plus facile que de rendre publique la demande en révocation : le donateur peut la notifier à son ancien débiteur; celui-ci, dûment averti, devra s'abstenir de faire aucun paiement entre les mains du donataire, et avertir les tiers qui viendront se renseigner près de lui que la donation est menacée de révocation.

Mais faut-il que le donateur ait recours à ce moyen de publicité? L'affirmative est soutenue. L'acquisition d'une créance n'est, dit-on, opposable aux tiers que lorsqu'elle a été notifiée au débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique (art. 1690); or, la demande en révocation, lorsqu'elle est suivie de révocation, investit le donateur de la créance dont il s'était dépouillé : il doit dès lors la rendre publique, en recourant au mode de publicité que la loi a organisé en matière d'acquisition de créances (2).

Le donateur qui est obligé de respecter les droits acquis sur la chose donnée du chef du donataire, a-t-il un recours contre ce dernier ?

739.—Au reste, il est bien entendu que le donateur peut, dans tous les cas où il est obligé de respecter les droits que des tiers ont acquis du chef du donataire, recourir contre lui jusqu'à concurrence de la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, ou jusqu'à concurrence de la diminution de valeur résultant des charges, servitudes ou hypothèques, dont les biens sont grevés.

Le donataire garde-t-il les fruits échus ou perçus *avant* la demande en révocation ?

740. — V. *De la restitution des fruits.* — Le donataire ne les doit qu'à compter de la demande en révocation : il a été de bonne foi jusqu'au jour du délit, et, à partir de cette époque, il a pu espérer que le donateur lui ferait remise de l'ingratitude, qu'il pardonnerait.

Art. 957.

Par quel laps de temps se prescrit l'action en révocation pour cause d'ingratitude?

Quel est le point de départ de cette prescription?

741.—VI. *De la durée ou de la prescription de l'action en révocation pour cause d'ingratitude.* — Le donateur peut pardonner l'offense qu'il a reçue; son silence trop longtemps prolongé ferait supposer l'intention de pardonner : de là la règle que la demande en révocation doit être formée dans un bref délai.

Ce délai est d'*une année*. Mais quel est son point de départ? C'est, dit la loi, le moment où le donateur a *connu* ou *pu connaître le* DÉLIT. Le mot *délit* n'est pas rigoureusement exact; il faut le remplacer par le mot *ingratitude* : car il se peut que le donateur con-

(1) MM. Val.; Dem., t. IV, n° 101 *bis*, IV; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 112; Demol., t. III, nos 97 et 704.

(2) MM. Val.; Dem., n° 101 *bis*, IV; Demol., t. III, n° 704. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. IV, p. 113.

naisse le délit qui a été commis sur sa personne ou sur ses biens, et qu'il ne sache pas que le donataire en est l'auteur.

Ainsi, la révocation doit être, sous peine de déchéance, demandée dans l'année, à compter du jour où le donateur a *connu* ou *pu connaître* l'ingratitude. Le donataire, pour faire tomber l'action dirigée contre lui, n'a donc pas besoin de prouver que le donateur a, depuis plus d'un an, *connu* l'ingratitude; il suffit qu'il établisse qu'il a *pu*, d'après les circonstances, *en avoir connaissance*.

Maintenant, le donateur ne serait-il point admis à établir que, bien qu'il ait *pu* la connaître, *en fait* il ne l'a pas connue? La loi garde le silence sur ce point; mais c'est, je crois, entrer dans son esprit que d'accorder cette ressource au donateur. S'il ne peut plus agir après l'année, c'est qu'il est présumé avoir pardonné l'offense; or, comment a-t-il pu la pardonner s'il ne l'a pas connue?

L'action en révocation de la donation pour cause d'ingratitude est-elle *héréditaire passivement*? En d'autres termes, peut-elle être intentée par le donateur contre les héritiers du donataire?

742.—VII. *Des personnes auxquelles appartient l'action en révocation pour cause d'ingratitude, et des personnes contre lesquelles elle peut être exercée; si elle est héréditaire activement et passivement.* — Sur ce point le Code s'exprime ainsi : « L'action en révocation pour cause d'ingratitude ne peut être *demandée* par le donateur *contre les héritiers du donataire*, ni par les *héritiers du donateur* contre le donataire; *à moins que*, DANS CE DERNIER CAS, l'action n'ait été intentée par le donateur ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit. »

Deux cas sont prévus :

743. — I. *Le donateur est vivant, le donataire décédé.* — Le donateur, lors même qu'il est encore dans les délais, ne peut pas *former sa demande* en révocation contre les héritiers du donataire. Mais, s'il l'avait déjà *formée* contre le donataire, peut-il la *continuer* contre *ses héritiers?* La question est controversée.

Si elle a été intentée contre le donataire et que celui-ci meure *pendente lite*, le donateur peut-il la continuer contre ses héritiers?

1er SYSTÈME. Tous nos anciens auteurs admettaient que la demande, une fois *formée* contre le donataire, ne s'éteignait point par son décès; qu'elle pouvait être *continuée* contre ses héritiers, suivant cette règle du droit romain : *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.*

Le Code a reproduit la même théorie. Que dit-il, en effet? Que la révocation ne pourra pas être *demandée* contre les héritiers du donataire. Il n'admet point la *demande*, mais il n'exclut point la *continuation* de la demande. L'action formée, *intentée* contre le donataire, peut donc *être continuée* contre ses héritiers.

S'il en était autrement, le donateur perdrait le bénéfice de son action, par suite d'un fait qui lui est étranger, d'un accident, la mort du donataire, et rien ne serait plus injuste.

Et d'ailleurs, si l'action intentée par le donateur peut être *continuée* par ses héritiers, n'est-ce pas par application de la règle que les actions qui s'éteignent par la mort d'une personne lui survivent lorsqu'elles ont été *intentées* par elle? Or, si la mort du dona-

teur n'éteint point l'action *intentée* contre le donataire, pourquoi la mort de ce dernier l'éteindrait-elle (1)?

744. — 2e SYSTÈME. L'action *intentée* contre le donataire ne peut être *continuée* contre ses héritiers. Le droit de faire révoquer une donation pour cause d'ingratitude est en effet une action *pénale*, puisqu'elle a pour objet la punition d'une injure; or, toute action pénale, *qu'elle ait été intentée ou non*, s'éteint dès qu'il n'y a plus de coupable à punir.

Ainsi, lorsqu'un accusé meurt *pendente lite*, le procès ne peut pas être continué contre ses héritiers. Il ne peut pas l'être, même à l'effet de faire prononcer contre eux une amende; et cependant l'amende, de même que la révocation de la donation, n'est qu'une peine pécuniaire.

Vainement fait-on remarquer que, si la loi ne permet point de *demander* la révocation, elle ne défend point de *continuer la demande* formée pour l'obtenir. Ce n'est là qu'une subtilité. Et, en effet, *continuer à demander*, n'est-ce pas encore *demander?* C'est ce que la loi nous apprend elle-même lorsque, dans sa seconde disposition, elle nous dit que les héritiers du donateur peuvent *demander* la révocation quand il est mort après avoir *formé une demande pour l'obtenir*. Le mot *demandée* est, dans tout l'article, employé comme le synonyme du mot *exigée*, dont le sens est général.

Le donateur, il est vrai, sera privé du bénéfice de son action par un fait qui lui est étranger, par la mort du donataire; mais ce résultat n'a rien d'injuste. La révocation de la donation n'a pas, en effet, été organisée dans un but pécuniaire, dans la vue d'enrichir le donateur: elle a uniquement pour objet la *punition* du donataire; or, dès que le coupable n'existe plus, il ne peut plus être question de *punition*. Et d'ailleurs la mort du donataire n'enlève-t-elle pas au donateur le droit d'*intenter* son action? Pourquoi ne lui ferait-elle pas perdre également le droit de la *continuer* lorsqu'il l'avait déjà intentée?

« Mais, dit-on, si la mort du *donateur* n'éteint point l'action *déjà intentée*, pourquoi la mort du *donataire* l'éteindrait-elle? » — Par une bonne raison: c'est que, tant que le coupable existe et que l'offensé n'a point pardonné, les choses doivent naturellement rester dans le même état; la mort du donateur n'innocente pas le donataire.

La loi s'est, au reste, expliquée fort clairement. Elle pose deux règles: 1° la révocation ne peut pas être demandée *contre* les héritiers du *donataire;* 2° elle ne peut pas l'être par les héritiers du *donateur*. Des exceptions sont ensuite indiquées, et parmi elles figure le droit de *continuer* une action *déjà intentée;* mais il est expressément dit dans le texte que cette exception ne se réfère qu'à la seconde règle (2).

(1) MM. Dur., t. VIII, no 562; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 110.
(2) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 418; Dem., t. IV, no 100 *bis*, V; Duv.; Marc., art. 957; Demol., t. III, no 679.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude est-elle *héréditaire activement?* En d'autres termes, peut-elle être intentée contre le donataire par les héritiers du donateur?

745. — II. *Le donataire est vivant, le donateur décédé.* — Ce second cas est réglementé d'une manière fort bizarre. Après avoir posé en principe que le droit de révocation est *personnel* au donateur, le Code l'accorde ensuite à ses héritiers avec autant d'étendue qu'à lui-même, et consacre ainsi en leur faveur une *exception* aussi large que la *règle*.

Après l'avoir déclarée *personnelle* au donateur, la loi ne finit-elle point par la déclarer *héréditaire?*

« La révocation ne peut pas être demandée par les héritiers du donateur... », c'est-à-dire *le droit de révocation n'est pas transmissible aux héritiers du donateur*. Tel est le principe.

Voici maintenant les exceptions : « à moins pourtant que l'action n'ait été intentée par le donateur ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit. » Qu'est-ce à dire, si ce n'est que le droit de révocation est *transmissible aux héritiers* ? N'ont-ils pas, en effet, tous les droits qu'avait le donateur? ne peuvent-ils point, comme lui, intenter l'action en révocation, s'il est mort dans le délai utile, ou la continuer s'il l'avait déjà lui-même intentée? Que pourrait-il de plus, s'il était encore vivant?

N'a-t-on pas cependant cherché à établir une différence entre le donateur et ses héritiers? Faut-il admettre cette différence?

746. — Quelques personnes ont cependant prétendu qu'il existait une différence entre le donateur et ses héritiers. « Quant au donateur, ont-elles dit, l'année se calcule, non pas *du jour du délit*, mais du jour qu'il l'a connu ou qu'il a pu le connaître ; elle se calcule, au contraire, quant à ses héritiers, le texte est formel sur ce point, *du jour du délit.* » — Cette doctrine n'a point prévalu. On admet généralement que *le jour du délit* dont il est parlé dans le second alinéa de notre article est le même que celui dont il est parlé dans le premier.

Le droit de faire révoquer la donation pour cause d'ingratitude peut-il naître dans la personne des héritiers du donateur? L'injure grave faite à sa mémoire est-elle une cause de révocation?

— Quoi qu'il en soit, on voit clairement que les héritiers du donateur ne peuvent acquérir que *par transmission* le droit de demander la révocation de la donation : ils succèdent au droit qui s'était ouvert dans la personne du donateur, mais ce droit ne peut pas naître dans leur personne. Partant, l'injure grave faite à la *mémoire* du donateur n'est pas une cause de révocation (1).

747. — En résumé, le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude n'est pas héréditaire *passivement ;* il s'éteint *toujours* par la mort du donataire.

Il ne peut pas *naître* dans la personne des héritiers du donateur ; mais le droit ouvert dans sa personne passe à ses héritiers. Si le donateur avait déjà intenté l'action en révocation, elle continue avec ses héritiers, comme elle eût continué avec lui-même. S'il est mort dans l'ignorance de l'ingratitude du donataire, ils ont, pour l'intenter, une année à partir du jour où ils ont connu ou pu connaître le délit. S'il l'a connue, ils n'ont que ce qui restait à courir de l'année utile au moment de son décès. — Toutefois, s'il est mort au moment même du délit commis sur sa personne ou peu d'instants après, en un mot, avant qu'il ait eu le temps de prévenir ses héritiers, l'année ne doit alors commencer

(1) Val.; Marc., art. 957; Demol., t. III, n° 639.

à courir qu'à partir du jour où ils ont connu ou pu connaître l'ingratitude du donataire.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude est elle transmissible, non-seulement aux héritiers du donateur, mais aussi à ses simples *successeurs aux biens*?

748. — Les *successeurs aux biens* succèdent-ils, comme les héritiers légitimes, au droit de révocation pour cause d'ingratitude?

Quelques personnes tiennent la négative. « Ce droit, disent-elles, n'est pas un droit pécuniaire. Il a pour objet la *punition* d'une offense qu'a reçue le donateur, et la reprise des biens n'est que le moyen donné par la loi pour arriver à ce résultat; la personne offensée (le donateur) et ceux qui la représentent (ses héritiers légitimes) ont seuls qualité pour l'exercer. »

D'autres soutiennent l'affirmative. « Le donateur, disent-elles, a laissé dans sa succession le droit qui s'est ouvert dans sa personne; quiconque recueille sa succession succède à ce droit, comme à tout autre : car la loi le déclare, sans aucune distinction, transmissible à ses héritiers. »

Peut-elle être exercée par les créanciers du donateur?

Mais tout le monde convient que le donateur, tant qu'il est vivant, a seul qualité pour l'exercer. Ses créanciers ne peuvent ni le contraindre de le faire valoir, ni l'exercer à sa place : il est maître absolu de son action, parce qu'il est maître de pardonner.

Quelles différences y a-t-il entre la révocation des donations pour cause d'inexécution des conditions et leur révocation pour cause d'ingratitude?

749. — VIII. *Différences entre la révocation pour cause d'inexécution des charges et la révocation pour cause d'ingratitude.* — 1° La première révocation anéantit la donation pour l'avenir et dans le passé; elle est opposable, non-seulement au donataire, mais encore aux tiers qui ont acquis de son chef des droits réels sur la chose donnée (voy. le n° 726). — La seconde n'anéantit la donation que pour l'avenir; elle n'est pas opposable aux tiers qui ont traité avec le donataire *antérieurement* à la publication de la demande en révocation (voy. le n° 736).

2° La première dure trente ans (voy. le n° 729); — la seconde, un an seulement (voy. le n° 741).

3° La première peut être exercée par le donateur *contre les héritiers* du donataire, ou par les héritiers du donateur contre le donataire lui-même (voy. le n° 728). — La seconde ne peut pas l'être par le donateur *contre les héritiers* du donataire (voy. le n° 743).

4° Enfin, la première peut être exercée, du chef du donateur, par ses créanciers, conformément à l'art. 1166 (voy. le n° 728). — La seconde ne peut l'être que par le donateur (ou ses héritiers) (voy. le n° 748.)

Le donateur a-t-il quelque intérêt à stipuler expressément des aliments?

750. — On voit, d'après cela, qu'il n'est pas inutile, quand on fait une donation, de stipuler expressément des aliments. Le donateur peut, sans doute, même en l'absence de cette stipulation, faire révoquer la donation, si, quand il est dans le besoin, le donataire refuse de le secourir; mais elle est alors révoquée *pour cause d'ingratitude*, tandis qu'elle le serait *pour cause d'inexécution des charges* si elle contenait une stipulation expresse des aliments.

751. — *Des donations qui ne sont point révocables pour cause d'ingratitude.* — Ne sont point révocables pour cette cause les donations faites *en faveur du mariage*.

Art. 959.

Quelles sont les donations qui ne sont point révocables pour cause d'ingratitude? Pourquoi celles qui sont faites en faveur du mariage ne le sont-elles point?

Cette exception est une nouvelle conséquence de la nature de la révocation pour ingratitude. La donation faite en faveur du mariage ne s'adresse pas uniquement à l'époux donataire direct; elle est faite aussi en vue de son futur conjoint et des enfants à naître du mariage: la révocation, si elle était prononcée par suite de l'ingratitude du donataire direct, atteindrait donc des innocents, et c'est ce que la loi ne veut pas.

Les donations faites par l'un des futurs conjoints à l'autre sont-elles, comme les donations faites par un tiers à l'un des futurs conjoints, non révocables pour cause d'ingratitude?

752. — Les donations faites *par l'un des futurs époux* à l'autre sont-elles, comme les donations faites par un tiers à l'un des futurs conjoints, *non révocables pour cause d'ingratitude?*

Si nous ne consultions que le texte de l'art. 959, la question ne serait pas douteuse : « Les donations faites *en faveur du mariage* ne sont pas, dirions-nous, révocables pour cause d'ingratitude; celles que fait l'un des futurs conjoints à l'autre sont évidemment faites *en faveur du mariage*, car le mariage n'eût peut-être pas été conclu sans elles : donc elles ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. » Que si, au contraire, on s'attache, non plus au texte, mais à l'esprit de la loi, il faut, sans hésiter, admettre le système contraire. Quel est, en effet, le motif qui a fait introduire l'exception consacrée par notre article? Nous l'avons déjà indiqué : la loi ne veut pas que l'époux du donataire ingrat, que les enfants nés du mariage, soient victimes de la faute qu'a commise le donataire direct. Or, ce motif ne se rencontre que dans l'hypothèse d'une donation faite à l'un des futurs conjoints *par un tiers*. Lorsque la donation est faite par l'un des futurs conjoints à l'autre, la révocation ne nuit point à l'époux innocent, car c'est précisément lui qui en profite; elle ne cause non plus aucun préjudice aux enfants nés du mariage, puisque son effet se borne à faire rentrer dans le patrimoine de l'époux le plus digne les biens qu'a reçus l'époux coupable. Quelle raison y a-t-il donc de maintenir cette donation, nonobstant l'ingratitude du donataire? Le donataire est ici plus coupable qu'un donataire ordinaire, car il manque tout à la fois à son devoir d'époux et à son devoir de donataire; la révocation de la donation ne sévit que contre l'époux coupable : pourquoi ne pas l'admettre? (Voy., au t. I, ce qui a été dit sous le n° 855, à la note) (1).

Les donations *rémunératoires* sont-elles révocables pour cause d'ingratitude?

753. — Les donations faites *en faveur du mariage* sont les seules qui soient irrévocables nonobstant l'ingratitude du donataire. Sont, par conséquent, révocables pour cette cause, non-seulement les donations ordinaires, mais encore :

1° Les donations dites *rémunératoires*, c'est-à-dire celles qui sont

(1) MM. Val.; Bug.; Dem., t. IV, n° 102 *bis*, V; Duv.; Marc., art. 959 Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 107 et 108; Demol., t. III, nos 651 et 652.

faites en considération d'un service reçu. Peu importe que le service qu'a reçu le donateur soit ou non appréciable en argent ; peu importe aussi qu'il soit ou non à peu près l'équivalent du bénéfice procuré au donataire. Le paiement d'une dette PUREMENT *naturelle* ou *morale* (voy. les nos 1309-1310) n'est, en effet, qu'une libéralité, soumise, soit quant au fond, soit quant aux formes, aux règles qui régissent les donations.

Les donations *mutuelles* sont-elles révocables pour cause d'ingratitude ?

754. — 2° Les donations *mutuelles*, c'est-à-dire celles que deux personnes se font réciproquement l'une à l'autre et par un seul et même contrat. Ainsi, Paul donne sa maison à Jacques, qui, par le même acte, donne son vignoble à Paul : ces donations réciproques sont dites *mutuelles*.

Si Jacques est ingrat, Paul peut demander la révocation de la donation qu'il a faite et reprendre sa maison. Mais la révocation de la donation qu'il a faite n'entraîne point la révocation de celle qu'il a reçue. Les donations mutuelles sont, en effet, distinctes et indépendantes l'une de l'autre ; chacune d'elles a sa cause principale d'existence dans l'affection que le donateur porte au donataire. La libéralité que reçoit chaque donateur peut, il est vrai, entrer pour quelque chose dans les considérations qui le déterminent à faire une donation ; mais elle n'est toujours que le motif éloigné de la donation qu'il a faite, elle n'en est point la cause *immédiate* et principale.

Ne faut-il pas rechercher si les parties qui ont déclaré se faire réciproquement l'une à l'autre une donation n'ont pas, en réalité, entendu faire un échange ?

Toutefois, il importe de rechercher avec soin l'intention *réelle* des parties. Il se peut, en effet, qu'elles aient entendu faire un véritable *échange* et qu'elles aient mal qualifié leur opération ; or, les juges doivent plutôt s'attacher à la nature de l'affaire qu'au nom que les parties lui ont donné. Donc, point de révocation s'il est établi qu'en fait chaque aliénation a eu pour cause, non pas l'affection que chacune des parties avait pour l'autre, mais l'acquisition du bien qu'elle en recevait en échange de celui qu'elle aliénait : l'opération qu'elles ont faite constitue alors un véritable *échange*, et, dans un contrat à titre onéreux, aucune des parties ne doit de reconnaissance à l'autre.

§ IV. — *De la révocation des donations par la survenance d'un enfant.*

Art. 960 et 961.

Les donations ne sont-elles point révocables pour cause de survenance d'enfants ? Quelle est l'origine de cette révocation ?

755. — La donation faite par une personne qui n'avait *aucun enfant vivant* au moment où elle a été formée est révoquée lorsqu'il survient un enfant au donateur.

I. *Origine de cette révocation.* — On la trouve dans une Constitution de l'empereur Constance, qui forme, dans le Code de Justinien, la L. 8 du Titre *De revocandis donationibus* ; on l'appelle la loi *Si unquàm*, parce qu'elle commence par ces mots. Cette loi n'avait trait qu'aux donations faites par un *patron à son affranchi* :

celles-là seulement étaient révocables pour cause de survenance d'enfant (1).

L'Ordonnance de 1731, généralisant le principe de la loi romaine, l'appliqua aux donations en général; il n'y eut d'exception que pour les donations faites *entre futurs époux ou entre conjoints.*

Le projet du Code avait supprimé cette cause de révocation des donations. Mais cette abrogation ne prévalut point : le Conseil d'Etat adopta *le droit établi par l'Ordonnance de* 1731, dont il reproduisit presque mot pour mot les dispositions. « La révocation des donations par survenance d'enfants, disait au Corps législatif M. Bigot-Préameneu, a été *maintenue telle qu'on la trouve expliquée dans l'Ordonnance de* 1731. »

L'esprit de l'Ordonnance se retrouve donc tout entier dans le Code. Par conséquent, lorsqu'on recherche les motifs de cette théorie ou la solution des questions qui s'y rattachent, on ne saurait mieux faire que de consulter les anciens auteurs qui ont écrit sur cette matière.

756.—II. *Des motifs de cette cause de révocation ; de sa nature.*— La raison de cette révocation « est, dit Pothier, que celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants ; que s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas : d'où on a tiré la conséquence que la donation devait être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation en cas de survenance d'enfants. »

Sur quels motifs est-elle fondée ?

Cette présomption est si forte qu'elle ne peut pas être détruite par une déclaration contraire, insérée au contrat. La donation est révocable lors même que le donateur a, par une clause expresse, *déclaré renoncer au droit de demander la révocation pour cause de survenance d'enfant.* Une pareille clause, si elle eût été permise, fût devenue de style : le notaire n'eût jamais manqué de l'insérer dans l'acte de donation, et le donateur, qui n'a pas encore éprouvé le sentiment de la paternité, l'aurait toujours acceptée. La renonciation au droit de révocation constitue d'ailleurs une véritable libéralité ; or, toute donation, celle-ci comme les autres, est essentiellement révocable pour cause de survenance d'enfant.

Art. 965.

La révocation a-t-elle lieu lors même que le donateur a déclaré dans la donation qu'il entendait donner irrévocablement, c'est-à-dire *même pour le cas où il lui surviendrait un enfant* ?

Pourquoi cette clause ne produit-elle pas son effet ?

757. — La donation faite par une femme enceinte, ou par un mari dont la femme est enceinte, est révocable par la survenance de l'enfant qui était conçu au moment où elle a été faite. La raison de la loi ne paraît pas cependant se rencontrer dans cette espèce : car la connaissance qu'avait le donateur de la conception de l'enfant ne permet pas de dire que, s'il a donné, c'est parce qu'il croyait qu'il n'en aurait jamais. Mais on a considéré que celui dont l'enfant n'est pas encore né *n'a pas encore senti la tendresse que la nature met aux cœurs des pères et mères pour leurs enfants,* et qu'il

La donation faite par une femme enceinte ou par son mari est-elle révoquée par la survenance de l'enfant qui était conçu au moment où elle a été faite ?

(1) *Cours élémentaire de droit romain* par M. Demangeat, t. I, p. 561 de la 2e édition.

n'eût certainement pas donné s'il eût déjà éprouvé le sentiment de la paternité.

En est-il de même de celle qui est faite par une personne qui a un enfant *actuellement vivant*?

La survenance d'un *second enfant* la révoque-t-elle?

La survenance d'un *second enfant* est-elle sans influence sur la donation?

Il n'en est pas de même de la donation faite par une personne qui a un enfant actuellement vivant. La survenance *d'un second enfant* ne la révoque pas. Un père a la même affection pour tous ses enfants ; or, si l'existence de l'un d'eux, au moment de la donation, ne l'a point empêché de disposer, il n'y a aucune raison de croire qu'il aurait eu plus d'affection pour ceux qui lui sont survenus depuis.

Toutefois, la survenance d'un *second enfant* n'est pas sans influence sur la donation. On sait, en effet, que la quotité disponible est plus ou moins grande, suivant que le *de cujus* a un ou plusieurs enfants : la survenance d'un *second enfant* peut donc, en diminuant la quotité disponible, soumettre la donation à une réduction totale ou partielle, qu'elle n'eût pas subie si le donateur n'eût laissé à son décès que l'enfant qu'il avait au moment de la donation.

Dans l'intérêt de qui la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant a-t-elle été introduite?

La donation reste-t-elle révoquée nonobstant la mort de l'enfant dont la naissance avait causé sa révocation?

758. — III. *Dans l'intérêt de qui cette cause de révocation a été introduite.* — On a soutenu que la loi qui l'a consacrée n'a eu en vue *que l'intérêt du donateur*. « Ce qui le prouve, a-t-on dit, c'est que la révocation fait revenir les biens, non *à l'enfant*, mais au donateur lui-même, qui reste maître d'en disposer comme bon lui semble, soit au profit de l'ancien donataire, soit au profit *d'un tiers* ; ce qui le prouve encore, c'est que la donation reste révoquée nonobstant la mort de l'enfant né depuis qu'elle a été faite : n'eût-il vécu qu'un jour, pourvu qu'il soit né viable, la donation est de plein droit révoquée. » — En tout cela, disait autrefois Furgole (*Quest.* 16, n° 11), *l'intérêt de l'enfant n'y est pour rien* (1).

Cette donnée est-elle réellement celle de la loi? Tel n'est point mon sentiment. Qu'on dise que la loi a voulu subvenir au donateur, je le veux bien; mais ce qui me paraît certain, c'est qu'elle a également pris en considération l'intérêt des enfants. Si la loi révoque la donation, c'est principalement parce qu'elle espère que l'affection que le donateur sentira pour eux le portera à conserver les biens qui lui feront retour et qu'ainsi ils les retrouveront dans sa succession. « La loi qui révoque la donation, disait Pothier, d'après Ricard (Poth., *Des donat.*, sect. III, art. 2, § 1), n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfants. » (Voy. à ce sujet les n°s 762 et 763) (2).

Toutefois, nous devons le reconnaître, le droit à la révocation naît en la personne du donateur; bien plus, le donateur l'acquérant dans toute sa plénitude, rien ne l'oblige à l'utiliser. Ses enfants ne gagnent donc à la révocation qu'indirectement. Ils n'en profitent qu'autant que trois conditions concourent. Il faut :

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 384; Val.
(2) MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 115; Demol., t. III, n° 787.

1° qu'ils survivent au donateur ; 2° qu'ils acceptent sa succession ; 3° qu'il n'ait point disposé de nouveau des biens qui lui ont fait retour.

759. — *Des conditions auxquelles est subordonnée la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant.* — Deux conditions doivent concourir pour que la révocation ait lieu :

A quelles conditions est subordonnée la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant? Faut-il considérer comme un enfant actuellement vivant l'enfant qui était conçu au moment de la donation?

1° Il faut que le donateur n'ait pas eu d'*enfants* ou de *descendants* actuellement vivants à l'époque de la donation. Mais je rappelle que l'enfant *conçu* au moment de la donation n'est pas considéré comme un enfant *actuellement vivant* : la naissance de cet enfant révoque donc la donation faite par une personne qui n'avait pas d'enfant vivant au moment où elle a donné.

L'existence d'un *seul* enfant au moment de la donation l'empêche-t-elle d'être révocable pour cause de survenance d'enfant?

Quoique la loi se soit exprimée au pluriel, la donation qui émane d'une personne qui n'avait qu'un *seul* enfant vivant au moment où elle a disposé n'est point révoquée par la survenance d'un second enfant : « car, dit Pothier, dans l'usage vulgaire de parler, il suffit qu'une personne ait un enfant pour qu'on ne puisse pas dire d'elle qu'elle n'a pas d'enfants. »

2° Il faut qu'il survienne au donateur soit un enfant légitime, soit un enfant naturel légitimé.

La légitimation d'un enfant naturel révoque-t-elle la donation?

La légitimation d'un enfant naturel *né avant la donation* ne suffit point : la révocation n'a lieu qu'autant que la naissance de l'enfant naturel et sa légitimation sont *l'une et l'autre* postérieures à la donation.

Quid, de la naissance *posthume* d'un enfant légitime? *Quid*, de la survenance d'un *petit-enfant*? Peut-il donc arriver qu'il survienne un petit-enfant au donateur qui, au moment de la donation, n'avait pas d'enfant actuellement vivant?

La naissance *posthume* d'un enfant légitime révoque la donation (art. 966, argum.). — Il en est de même de la naissance d'un *petit-enfant*. L'affection que nous avons pour nos petits-enfants est, en effet, au moins égale à celle que nous avons pour nos enfants (Pothier, *Donat.*, sect. III, art. 2, § 3). Mais comment peut-il se faire qu'il survienne *un petit-enfant* au donateur qui, à l'époque de la donation, *n'avait pas d'enfants vivants* ? Il faut, pour cela, supposer que le donateur a disposé postérieurement à la mort de son fils, et qu'un enfant est né de la veuve de ce fils dans les dix mois qui suivent le décès de son mari.

La présence d'un enfant naturel reconnu au moment de la donation est-elle un obstacle à la révocation de la donation au cas où il survient un enfant légitime au donateur?

760. — *Questions controversées.* — 1° La présence d'un enfant naturel reconnu à l'époque de la donation fait-elle obstacle à la révocation de la donation au cas où il survient un enfant légitime au donateur? La négative était suivie dans l'ancien droit, et il n'est pas probable que les rédacteurs du Code aient entendu innover sur ce point : car, ainsi que je l'ai dit sous le n° 755, ils ont, à peu de chose près, littéralement reproduit les termes de l'Ordonnance. Ce qui prouve bien d'ailleurs qu'ils ne considèrent point l'existence d'un enfant naturel à l'époque de la donation comme un obstacle à la révocation par la survenance d'un enfant légitime, c'est qu'ils prennent soin de dire expressément que la légitimation de cet enfant naturel n'est point une cause de révocation : on conçoit, en effet, qu'il eût été inutile de s'expliquer sur ce point si la présence de cet enfant au mo-

ment de la donation était, *par elle-même*, un obstacle à la révocation (1).

Faut-il considérer comme étant sans enfant à l'époque de la donation la personne dont l'enfant unique était alors *absent?*

Si cet enfant reparaît, la donation est-elle révoquée?

761. — 2° Faut-il considérer comme étant *sans enfant* à l'époque de la donation la personne dont l'enfant *unique* était alors *absent?*

Si oui, nous devrons dire que la donation sera révoquée soit par la survenance d'un second enfant, soit même par le retour de l'enfant absent : car, si, durant son absence, il est à considérer *comme n'existant pas*, son retour constituera, selon la logique naturelle des choses, une véritable *survenance d'enfant*. Si non, la donation ne sera point susceptible de révocation.

Suivant l'opinion la plus générale, l'enfant absent au moment de la donation doit être considéré comme *existant* pendant la période de l'envoi en possession provisoire, et comme *inexistant* après l'envoi en possession définitive.

Je trouve dans l'ancien droit une distinction qui, sans être absolument semblable à celle que je viens d'énoncer, en est, à peu de chose près, l'équivalent. L'absence est-elle *récente* au moment de la donation, l'enfant est considéré comme *vivant :* le donateur devant, en ce cas, espérer et attendre son retour, on ne peut pas dire qu'il n'a donné que parce qu'il a pensé qu'il resterait *sans enfant*. Est-elle, au contraire, *très-ancienne*, on le tient pour *inexistant:* car alors il est naturel de supposer que le donateur n'a donné que parce qu'il le croyait mort. « Si, dit Pothier, l'enfant qui existait lors de la donation était absent *de longue absence et qu'on le crût perdu*, la donation sera révocable pour survenance d'enfant : car, par rapport aux motifs sur lesquels la loi est fondée, il est *égal de n'avoir pas d'enfants ou d'en avoir sans le savoir*» (*Donat.*, sect. III, art. 2, § 2).

En ce cas, ajoute-t-il, la donation sera révoquée soit par la survenance d'un second enfant, soit même « par le retour de l'enfant absent » (*Donat.*, sect. III, art. 11, § 3). Là, à mon sens, est la vérité.

Mais, dit-on, si l'enfant revient, son retour prouve qu'*il existait au moment de la donation :* dès lors, qui ne voit que notre article est violé par ceux qui déclarent la donation révoquée?

Il sera violé, si on ne s'attache qu'à ses termes ; il sera respecté, au contraire, si on tient compte de son esprit et de son origine. Il me paraît certain qu'en le faisant le législateur n'a point songé à notre hypothèse. Il me paraît par là même naturel et parfaitement juridique d'admettre que la question que notre hypothèse engage se doit résoudre d'après les vues de la loi, telles que les explique l'histoire de notre ancien droit (voy. le n° 755) (2).

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 382; Dem., t. IV, n° 163 *bis*, VII; Duv.; Marc., art. 960; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 118-120; Demol., t. 10, n° 729.

(2) Consultez, en des sens divers : MM. Dur., t. VIII, n° 583; Dem., t. IV.

762. — 3° L'existence, au moment de la donation, d'un enfant issu d'un mariage *putatif* fait-elle obstacle à la révocation? — La survenance d'un enfant né d'un mariage *putatif* révoque-t-elle la donation faite par une personne qui, au moment où elle a donné, n'avait point d'enfant vivant?

La survenance d'un enfant né d'un mariage *putatif* révoque-t-elle la donation?

Sur l'une et l'autre question, l'affirmative n'est point douteuse, si on suppose la donation faite par celui des époux qui a été de bonne foi. En effet, le mariage putatif a, dans l'intérêt des enfants qui en sont issus et de l'époux qui a cru se marier valablement, tous les effets civils d'un mariage valable (art. 201 et 202). — Mais que décider, au cas où la donation a été faite par celui des époux au regard duquel le mariage putatif reste nul et destitué d'effet, c'est-à-dire par l'époux qui l'a contracté de mauvaise foi?

Sur la première question, j'admets l'affirmative. Le donataire pourra, en effet, dire au donateur : « Au moment de la donation, vous aviez un enfant légitime (art. 202) : donc elle n'est point révocable pour cause de survenance d'enfant (art. 960).» Le donateur pourrait échapper à ce raisonnement, s'il lui était permis d'argumenter de la nullité de son mariage; mais comment l'admettre à se prévaloir d'une nullité qui n'a été établie qu'en haine de sa mauvaise foi et pour l'en punir?

Sur la seconde question, au contraire, je tiens la négative. Rappelons-le, quoique la révocation dont nous traitons ait été introduite en vue des enfants du donateur et dans leur intérêt, il n'en est pas moins vrai que le droit qu'elle constitue ne peut prendre naissance qu'en la personne du donateur. De leur chef, les enfants n'ont aucune action contre le donataire (voy. le n° 758, *in fine*). Que conclure de là, si ce n'est que la révocation est absolument impossible quand, par une raison particulière au donateur, elle ne peut pas avoir lieu à son profit? Or, comment, dans l'espèce, pourrait-il soutenir qu'il lui est survenu *un enfant légitime?* Il le pourrait, si le mariage qu'il a contracté était valable même quant à lui et dans son intérêt; mais précisément, en ce qui le concerne, son mariage est nul et de nul effet!

Ce qui me confirme dans mon interprétation (voy. le n° 755), c'est qu'elle était universellement admise dans l'ancien droit (Pothier, *Cout. d'Orl.*, introd. au Tit. XV, n° 106; Furgole, n° 17). Le droit de révocation, disait-on, n'est pas un droit *d'enfant;* c'est un droit propre *au donateur*. Or, ce droit, le donateur n'a pas pu l'acquérir en contractant sciemment l'union illégitime d'où l'enfant est né : *nemo ex proprio delicto potest sibi quærere actionem* (1).

763. — 4° L'existence d'un enfant *adoptif* au moment de la do- La survenance d'un

n° 103 *bis*, XI à XIII; Marc., art. 960; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 120, 121 et 124; Demol., t. III, nos 739 et 752.

(1) Voy., en des sens divers : Delv., t. II, p. 290; Dur., t. VIII, n° 586; Dem., t. IV, n° 103 *bis*, X; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 120-121; Demol., nos 735 et 745.

enfant *adoptif* révoque-t-elle la donation?

nation fait-elle obstacle à la révocation pour cause de survenance d'enfant? La survenance d'un enfant *adoptif* révoque-t-elle la donation faite par un donateur qui n'avait point d'enfant au moment où il a donné?

Sur le second de ces deux chefs, la négative est évidente. La donation, dit la loi, sera révoquée par la survenance d'un enfant *légitime* ou *légitimé*. Un enfant adoptif n'est ni légitime ni légitimé : donc... etc. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 350, l'enfant adoptif a sur *la succession* de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime; mais la révocation ne constitue point un *droit de succession*. Il s'agit d'ailleurs, dans l'espèce, non point du droit *des enfants* du donateur, mais du droit *du donateur lui-même* (voy. le n° 758, *in fine*).

Sur la première question, la négative me paraît également certaine. Et d'abord si l'on considère notre article dans l'ensemble de ses dispositions, on demeure convaincu que *l'enfant* ou *le descendant* dont l'existence au moment de la donation l'empêche d'être révocable n'est et ne peut être qu'un *enfant* ou un *descendant légitime* ou *légitimé*. L'esprit de la loi commande, en outre, cette interprétation : la voix du sang et le sentiment de la paternité n'ont point, en présence de l'enfant étranger que vous avez adopté, la même énergie qu'en présence d'un enfant véritablement vôtre. Dès lors, on ne peut point conclure de ce qu'une personne a donné, ayant un enfant *adoptif*, qu'elle aurait également donné si elle avait eu un enfant légitime (1).

Quelles sont les donations qui sont révocables pour cause de survenance d'enfant? Celles qui ne le sont pas?

764. — V. *Des donations qui sont et de celles qui ne sont pas révocables pour cause de survenance d'enfant.* — La règle est que toute donation est révocable pour cette cause. Ainsi, sont révocables : 1° les donations ordinaires; 2° les donations faites sous certaines charges; 3° les donations *rémunératoires;* 4° les donations *mutuelles :* tout ce que j'ai dit, sous les n^os^ 753 et 754, de la révocation des donations pour cause d'ingratitude reçoit ici son application; 5° les donations faites en faveur du mariage.

765. — Par exception, ne sont pas révocables pour cette cause :

1° Les donations qui sont dispensées du rapport, parce qu'elles sont réputées faites avec les revenus; les cadeaux de noces ou présents d'usage. C'était l'avis de Pothier, et nous savons qu'en cette matière le Code n'a fait que reproduire les dispositions de l'ancien droit (voy. le n° 755).

Pourquoi les donations faites en faveur du mariage par l'un des futurs conjoints à l'autre ne sont-elles point révocables pour cause de survenance d'enfant?

Le motif sur lequel cette exception est

766. — 2° Les donations faites *en faveur du mariage par les futurs conjoints l'un à l'autre, ou entre époux pendant le mariage* (art. 1096). La raison de cette exception nous est donnée par Pothier : « Il est, dit-il, indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire, car l'un et l'autre sont également intéressés à les leur conserver. »

(1) MM. Val.; Dem., t. IV, n° 103 *bis*, VIII; Duv.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 120 et 124; Demol., t. III, n^os^ 733 et 750. *Contrà*, Marc., art. 960.

Ce motif n'est pas complétement satisfaisant. Le conjoint donataire peut, en effet, mourir sans enfants, auquel cas les biens compris dans la donation sont recueillis par ses ascendants ou collatéraux. Qu'on suppose, maintenant, que le donateur se remarie et qu'il a des enfants : les enfants nés de ce second mariage auraient évidemment intérêt à la révocation de la donation.

fondée est-il juste dans tous les cas ?

La loi eût donc été plus logique si elle eût dit : La donation faite par un futur conjoint à l'autre ne sera pas révoquée par la survenance d'un *enfant commun*. Mais cette distinction n'a pas été faite.

Ainsi, la donation faite par l'un des futurs conjoints à l'autre n'est pas révoquée, lors même que le donateur, resté veuf et sans enfants de son premier conjoint, a eu des enfants d'un second mariage. — Le véritable motif de cette exception se tire du lien qui va unir le donateur au donataire : la faveur attachée à la qualité de *conjoint* a permis de supposer que le donateur qui se dépouille au profit de son *futur époux* entend le préférer même à sa postérité.

767. — 3° Les donations faites en faveur du mariage « par un *ascendant* à l'un des futurs conjoints. » Mais, puisque la donation est faite par un *ascendant* à l'un des conjoints, elle émane donc d'une personne qui avait *un enfant actuellement vivant au moment de la donation :* dès lors, qu'était-il besoin de faire une exception pour dire que cette donation n'est pas révocable pour cause de survenance d'enfant ? Il est probable que les rédacteurs du Code ont voulu prévenir le doute qu'avait autrefois fait naître une subtilité invoquée par quelques-uns de nos anciens jurisconsultes. « Dans l'espèce, disait-on, la donation étant faite à l'enfant du donateur, le donataire ne doit pas compter comme enfant, car il ne saurait jouer le rôle d'*enfant* et de *donataire ;* le donateur qui donne à son enfant doit être réputé n'en avoir pas au moment de la donation : cette donation est donc révocable par la survenance d'un *second* enfant. »

Était-il nécessaire de dire que les donations faites par un ascendant à l'un des futurs conjoints ne sont pas révocables pour cause de survenance d'enfant ?

768. — VI. *Des effets de la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant.* — La survenance d'un enfant, ainsi que toute autre condition résolutoire qui se réalise, remet les choses *au même état qu'auparavant* (art. 1183). Elle met donc à néant toutes les aliénations des biens donnés qu'a pu faire le donataire, et fait revenir au donateur lesdits biens francs de toutes charges, hypothèques ou servitudes, dont ils pouvaient être grevés du chef du donataire.

Art. 963.

Quel est l'effet de la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant ?

La révocation est-elle opposable aux ayant-cause du donataire ?

L'est-elle à la femme du donataire ?

Quid, si le donateur s'est porté, par une clause de la donation, caution de la dot de la femme du donataire ?

Ils ne demeurent même pas, comme au cas de retour conventionnel (voy. le n° 717), affectés à l'hypothèque que la loi accorde à la femme du donataire pour sûreté de la restitution de sa dot. Et il en est ainsi, ajoute le texte, « lors même que la donation a été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur s'est *obligé comme caution*, par la donation, à la restitution de la dot. »

Remarquez que la loi révoque le *cautionnement* comme la dona-

tion elle-même. Elle le révoque, parce qu'elle le considère comme une suite de la donation et comme un moyen de s'en interdire la pleine révocation.

Tel était l'avis de Pothier, et rien ne fait présumer que le Code l'ait abandonné.

Art. 962.

De quel jour le donataire doit-il compte des fruits?

Dans quel but le donateur doit-il notifier au donataire la naissance de l'enfant dont la survenance a opéré la révocation?

769. — VII. *De la restitution des fruits; quels sont ceux que le donataire a le droit de conserver, ceux qu'il est tenu de rendre.* — Il peut conserver :

1° Les fruits perçus ou échus depuis la donation jusqu'au jour de la révocation;

2° Les fruits échus ou perçus depuis la révocation jusqu'au jour de la notification de la naissance de l'enfant dont la survenance amène la révocation de la donation. Cette notification n'est pas nécessaire pour opérer la révocation, qui a lieu *de plein droit;* elle a simplement pour objet de constituer le donataire en état de mauvaise foi et, par suite, de l'empêcher de gagner les fruits.

Il doit rendre les fruits échus ou perçus depuis que le donateur lui a fait notifier, par exploit ou par un autre acte en bonne forme, la naissance de l'enfant ou sa légitimation; et il en est ainsi lors même que la demande pour rentrer dans les biens n'a été formée que postérieurement à la notification.

Art. 960 et 964.

A quel moment a lieu la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant?

En quel sens a-t-elle lieu *de plein droit?*

En d'autres termes, quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'elle a lieu de plein droit?

Quelles différences y a-t-il, à cet égard, entre la révocation qui a lieu et celle qui n'a pas lieu *de plein droit?*

770. — VIII. *Comment et à quel moment a lieu la révocation pour cause de survenance d'enfant.* — La révocation des donations pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude n'a jamais lieu *de plein droit.* La révocation des donations pour cause de survenance d'enfant, au contraire, a lieu *de plein droit.* L'inexécution des conditions ou l'ingratitude du donataire rend la donation *révocable;* la survenance d'enfant *la révoque.* Il y a entre ces deux cas, à peu de chose près, les mêmes différences qu'entre un contrat *simplement annulable* et un contrat *nul* (voy. l'explic. de l'art. 1304).

Ces différences sont importantes et doivent être bien comprises :

Révocation pour cause d'inexécution des conditions.	*Révocation pour cause de survenance d'enfant.*
1° La révocation n'a pas lieu de plein droit. Le donateur doit la demander et la faire prononcer en justice : jusque-là la donation tient toujours. Le tribunal saisi de la demande du donateur n'est pas même dans la nécessité de prononcer la révocation : il peut accorder un délai au donataire; et, si ce dernier exécute, dans ce	1° La révocation a lieu de plein droit. Il n'est pas nécessaire que le donateur obtienne un jugement de révocation. Il faudra bien, sans doute, qu'il s'adresse à la justice, si le donataire conteste, s'il prétend, par exemple, que le donateur avait un enfant vivant au moment de la donation, ou s'il soutient que celui

délai de grâce, les charges qui lui ont été imposées, la donation n'est point révoquée. La justice a donc ici un double rôle à remplir. Elle doit : 1° vérifier si les charges de la donation ont été ou non exécutées; 2° voir si le donataire qui ne les a pas exécutées ne mérite point qu'on vienne à son secours et qu'on lui accorde un délai (voy. les nos 722 et 723).

Ainsi, la révocation n'a pas lieu *de plein droit*, en ce sens, d'une part, qu'elle n'a lieu qu'à partir du moment où elle a été prononcée en justice, et, d'autre part, que la justice *peut ne pas la prononcer*, si elle reconnaît que le donataire mérite qu'on lui accorde un délai pour se mettre en règle.

2° La révocation n'a lieu qu'autant que le donateur la demande. Elle est pour lui *facultative* : il peut donc renoncer au droit de la demander. Que s'il y renonce, il y a alors ratification de la donation, et cette ratification efface le vice de révocabilité dont elle était infectée.

Ainsi, la révocation n'a pas lieu *de plein droit*, en ce sens qu'elle n'a pas lieu *malgré* le donateur.

3° La révocation ne peut être demandée que par le donateur ou ses ayant-cause ; les *tiers* intéressés à l'invoquer n'ont point qualité à cet effet. Je suppose qui vient de naître n'est pas légitime : car tout fait avancé par une partie et contesté par l'autre donne lieu à un procès. Mais la justice, qui constate la vérité des faits affirmés par le donateur, ne peut pas ne pas prononcer ou plutôt reconnaître la révocation. Ce n'est pas elle qui révoque la donation : elle reconnaît la révocation, et ordonne au donataire de restituer la chose donnée.

Ainsi, la révocation a lieu *de plein droit*, en ce sens, d'une part, qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit prononcée en justice, et, d'autre part, que la justice, lorsqu'elle intervient, ne peut pas ne pas la prononcer.

2° La révocation a lieu, que le donateur le veuille ou qu'il ne le veuille pas. Dès qu'il lui survient un enfant, la donation se trouve, à l'instant même, anéantie dans le passé et pour l'avenir. Elle n'est susceptible d'aucune ratification. Le donateur peut, sans doute, persévérer dans sa première volonté, donner au même donataire les biens que la révocation lui a enlevés; mais il ne le peut faire que par une nouvelle donation (voy. le n° 758).

Ainsi, la révocation a lieu *de plein droit*, en ce sens qu'elle a lieu *malgré* le donateur.

3° La révocation peut être invoquée, non-seulement par le donateur, mais encore par toute autre personne intéressée. Ainsi, dans l'espèce ci-contre, le pos-

que l'immeuble donné soit actuellement possédé par un tiers qui est en voie de l'acquérir par prescription et que le donataire le revendique contre lui: ce tiers possesseur ne pourra pas se défendre en disant: « Vous n'êtes plus propriétaire, car la donation qui vous avait investi du droit de propriété est révoquée; elle est révoquée, car vous n'avez pas exécuté les charges. » Le donataire pourrait, en effet, lui répondre : « Tant que le donateur ne réclame pas, la donation subsiste : c'est à moi, et non au donateur, qu'appartient la chose donnée.»

Ainsi, la révocation n'a pas lieu *de plein droit*, en ce sens qu'elle *ne peut être demandée que par le donateur*.

sesseur de l'immeuble que le donataire revendique peut lui dire : « Vous n'êtes plus propriétaire, car la donation qui vous avait investi du droit de propriété est révoquée ; elle est révoquée, puisqu'il est survenu un enfant au donateur. »

Ainsi, la révocation a lieu *de plein droit*, en ce sens qu'elle est absolue et peut être invoquée *par toute personne intéressée*.

Art. 966.

La prescription de l'action en révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant est-elle régie par les règles du droit commun?

Crée-t-elle un *titre nouveau d'acquisition*, ou fait-elle *revivre*, en le confirmant, *l'ancien titre du donataire?*

771. — IX. *De la prescription de l'action qui naît de la révocation de la donation par survenance d'enfant.* — Tout d'abord une question se présente : quelle est la nature et quel est l'effet de cette prescription ? S'agit-il de la prescription *ordinaire* ou d'une prescription *sui generis ?*

Précisons mieux encore. Supposons notre prescription accomplie : quel effet produit-elle ? crée-t-elle un titre *nouveau d'acquisition*, ou seulement fait-elle *revivre*, en le confirmant, l'ancien titre du donataire, c'est-à-dire *la donation que la révocation avait anéantie ?*

Si on accepte le premier parti, on sera amené à dire qu'il n'y aura plus désormais ni *donateur* ni *donataire*, et qu'ainsi il ne sera jamais question à l'avenir ni de réduction, ni de rapport, ni de révocation pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude. Que si, au contraire, on se range au deuxième parti, la donation subsistant, elle demeurera par là même rapportable, réductible et révocable, ainsi qu'elle l'était à sa naissance.

La première interprétation paraît fort logique. Dès qu'un enfant survient au donateur qui n'en avait pas au moment où il a donné, la donation est *de plein droit* révoquée. La voilà désormais réduite *à néant*. Or, si elle n'a plus *aucune existence*, comment la prescription pourrait-elle la *valider en la confirmant ?* On ne confirme point ce qui n'existe pas ! la loi nous en prévient d'ailleurs, *aucune confirmation ne peut faire revivre la donation révoquée* (art. 964).

C'est cependant à la deuxième interprétation qu'il faut nous

rallier. L'art. 966 nous y oblige. Le prescrivant, y est-il dit, pourra *faire valoir la donation révoquée*. En présence d'une disposition aussi formelle, l'hésitation n'est point permise.

On le voit, notre prescription n'est autre chose que la confirmation tacite de la donation que la révocation avait anéantie. Vainement nous oppose-t-on qu'aux termes de l'art. 964 la donation révoquée n'est susceptible *d'aucune confirmation*. La loi, en s'exprimant ainsi, établit la règle ; mais elle y déroge dans notre article 966.

Cette exception, au reste, s'explique aisément. Que la donation révoquée ne puisse point revivre par l'effet d'une confirmation expresse ou d'une confirmation tacite ordinaire, cela se conçoit : les confirmations de cette nature peuvent être, en effet, l'œuvre de l'irréflexion ou le fruit de l'obsession. Mais que craindre de la confirmation qu'implique le silence que le donateur a gardé pendant trente années (1) ?

Par quel laps de temps s'accomplit-elle ?

De quel jour commence-t-elle à courir ?

772. — Notre prescription s'accomplit par trente années de possession, sans préjudice des interruptions telles que de droit.

Mais de quel jour nos trente années courront-elles ? Il semble que ce devrait être *du jour même de la révocation*, c'est-à-dire du jour de la naissance *du premier enfant*. Le droit du donateur étant, en effet, ouvert dès ce moment, quel motif peut-il y avoir d'empêcher la prescription de courir contre lui ? N'est-il point, dès ce moment, libre d'agir ?

Telle n'est point pourtant la théorie de la loi. Nos trente années ne se comptent qu'à partir de la naissance *du dernier enfant*, même posthume. — Ainsi, lorsqu'un second enfant naît, vingt, trente ans après le premier, tout le temps qui s'est écoulé entre les deux naissances se trouve effacé : on ne le compte point.

Quelles personnes peuvent l'invoquer ?

772 *bis*. — Toute cette théorie est déclarée applicable : 1° au donataire ; 2° à ses ayant-cause ; 3° aux autres détenteurs des choses données.

Quant au donataire et quant à ses ayant-cause universels ou à titre universel, on la comprend sans peine. Appliquée à ses ayant-cause à titre singulier, tels que les acheteurs..., on la comprend encore : ils ont, en effet, intérêt *à faire valoir*, de son chef, *la donation* révoquée. Ils y ont intérêt : car, par cela même qu'ils font valoir son titre, c'est-à-dire la donation, ils consolident tous les droits qu'ils tiennent de lui.

Les détenteurs qui ne sont point les ayant-cause du donataire, le peuvent-ils ?

Mais comment l'appliquer aux détenteurs *qui ne sont point ses ayant-cause*, c'est-à-dire à ceux qui possèdent *sans titre* ou en vertu d'un titre émané *d'un tiers* les biens que le donateur revendique ? En quelle qualité et dans quel intérêt *feront-ils valoir la donation* révoquée ? Supposons la révocation rétroactivement effacée : que gagneront-ils à cela ? Rien absolument !

(1) MM. Dem., t. IV, nos 110 *bis*, I, à 110 *bis*, V ; Demol., t. III, nos 811-814. — *Contrà*, Marc., art. 966.

Dès lors, dira-t-on, qui ne voit que l'art. 966 ne les concerne point ? Cela posé, ajoutera-t-on, qui ne comprend que le droit commun les régit, et qu'ainsi ils peuvent prescrire soit par trente ans, soit, quand ils possèdent de bonne foi et en vertu d'un juste titre, par dix ou vingt ans, à compter, dans l'un et l'autre cas, du jour même où leur possession a commencé (art. 2262 et 2265) ?

Quoique cette thèse ait été très-savamment soutenue par notre éminent maître M. Demante, je ne la crois pas bonne. Si je ne me trompe, la loi décide : 1° qu'*aucune prescription, autre que celle qu'elle organise dans notre article*, ne peut être opposée au donateur, soit qu'il agisse contre le donataire ou quelqu'un de ses ayant-cause, soit qu'il procède contre un détenteur qui possède *sans titre* ou en vertu d'un titre émané *d'un tiers ;* 2° que la prescription à laquelle elle le soumet lui peut être opposée *même par les détenteurs* qui ne sont point les ayant-cause du donataire.

Assurément ils ne feront point *valoir la donation* pour en conclure qu'elle est le fondement de leur droit ; mais ils l'invoqueront afin de repousser, par une fin de non-recevoir, l'action par laquelle le donateur tentera de les évincer. « La donation, diront-ils, est à considérer comme si elle n'avait jamais été révoquée. Partant, la propriété des biens ne réside point en votre personne : donc vous ne pouvez point revendiquer ! Quant au donataire, nous n'avons rien à redouter de lui : car, en ce qui le concerne, la prescription de droit commun qui s'est accomplie à notre profit a son plein et entier effet. »

Nos solutions ont pour elles le texte de la loi : c'est un premier argument en leur faveur. J'ajoute que l'Ordonnance de 1731, d'où notre loi a été tirée, a toujours été ainsi entendue et pratiquée : « Quoique, disait Furgole (sur l'art. 45 de l'Ordonnance), les détenteurs qui n'ont point de titre aient possédé pendant un temps suffisant pour prescrire contre le donataire, néanmoins ils ne pourront opposer au donateur aucune autre prescription que celle dont il est parlé dans l'Ordonnance. » Voilà notre ancien droit. Or, j'en ai déjà fait plusieurs fois la remarque, les précédents sont, en notre matière, pleinement décisifs (voy. le n° 755) (1).

CHAPITRE V. — DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SECTION I.re — DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

14e *Répétition.*

§ I. — *Différentes espèces de testaments.*

Comment la loi divise-t-elle les testaments ?

773. — Les testaments sont *ordinaires* ou *privilégiés.*

Les testaments *privilégiés* sont ceux qui sont faits : 1° par les

(1) Voy., en sens divers : MM. Dem., t. IV, nos 110 et s.; Dur., t. VIII, n° 931 ; Marc., art. 966; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 127; Demol., t. III, nos 808 et s.

militaires en activité de service et par les personnes employées dans les armées; — 2° par toute personne, en temps de peste; — 3° par toute personne, pendant un voyage maritime. On les appelle *privilégiés*, parce qu'ils sont soumis à des formes plus simples que celles qui doivent être observées dans les testaments ordinaires (voy. les nos 800 et suiv.).

Art. 969.

Le Code reconnaît trois formes ordinaires de tester : le testament *olographe*, le testament *public*, le testament *mystique* ou secret.

Combien la loi reconnaît-elle de formes ordinaires de tester?

Qu'est-ce que le testament *olographe*?

Le testament *public*?

Le testament *mystique*?

Le testament est *olographe* (de ὅλος, tout entier, et γράφω, j'écris) lorsqu'il est entièrement écrit de la main du testateur; — *public*, lorsqu'il est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins; — *mystique*, lorsque le testateur, après l'avoir écrit lui-même ou fait écrire par un tiers, le présente clos et cacheté à un notaire qui, en présence de plusieurs témoins, dresse, sur le testament lui-même, un acte de suscription dans lequel il mentionne la déclaration par laquelle le testateur lui a affirmé que l'écrit par lui présenté est son testament.

Pourquoi la loi n'a-t-elle point organisé une forme unique de tester?

La loi a organisé ces trois formes de tester, parce qu'il était impossible de réunir en une forme unique les avantages que présente chacune d'elles.

Le testament *olographe* a deux avantages précieux : il procure au testateur la faculté, 1° de tester en tous lieux, à tous les instants de la vie et même au moment où la mort est sur le point de le frapper; 2° de tenir secrètes ses dispositions et, par suite, de disposer en pleine liberté, sans craindre les reproches incessants, la mauvaise humeur ou même la colère des parents qu'il dépouille.

Le testament *public* n'a pas les mêmes avantages. Et d'abord il n'assure pas le secret des dispositions, puisqu'il est fait en présence de plusieurs personnes; d'un autre côté, il arrive souvent que la personne qui désire tester en cette forme meurt avant qu'on ait eu le temps d'assembler les témoins et de demander le notaire qui doit recevoir ses dispositions.

Mais, sous d'autres rapports, il est plus avantageux que le testament olographe. Ainsi : 1° il peut être fait même par ceux qui ne savent pas écrire; 2° il a une force probante beaucoup plus grande que le testament olographe.

Le testament *mystique* procure, lui aussi, même aux personnes qui ne savent pas écrire, pourvu qu'elles sachent lire, le moyen de tester *secrètement;* mais il est assujetti à des formes très-compliquées.

§ II. — *Règles communes à tous les testaments.*

Art. 967 et 968.

774. — 1° Toute personne capable de disposer de ses biens par testament peut le faire, soit sous le titre d'*institution d'héritier*,

Quelles sont les règles communes à tous les testaments?

soit sous le titre de *legs*, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. — Je donnerai, sous les nos 824 et suiv., le développement de cette règle.

Le testament qui n'est pas fait dans les formes prescrites est-il nul? Est-il susceptible de ratification?

2° Le testament est un acte *solennel*: la volonté clairement manifestée, fût-elle évidente, ne constitue point un testament si elle ne s'est produite selon les formes prescrites par la loi. Ainsi, l'absence ou la nullité de l'une de ces formes entraîne la nullité du testament.

Le testament qui manque des solennités prescrites par la loi n'est point susceptible de *ratification* : nul en la forme, il faut qu'il soit refait en la forme légale.

Toutefois, de même qu'une donation nulle pour vice de formes peut être ratifiée, soit expressément, soit tacitement, *par les héritiers du donateur*, de même la ratification ou exécution volontaire d'un testament nul, par les héritiers légitimes du testateur, leur fait perdre, quand elle a lieu en connaissance de cause, le droit qu'ils avaient d'en demander la nullité (voy. les nos 1596-1597).

Ainsi, l'exécution volontaire d'un legs contenu dans un testament nul doit être considérée, non pas comme une *libéralité*, mais comme le *paiement d'une dette naturelle*. De là plusieurs conséquences, qui seront expliquées sous le n° 1309 (M. Val.).

Le testament fait verbalement en présence de témoins est-il valable?

3° Tout testament doit, pour être valable, être rédigé par écrit. L'écrit est exigé, non pas seulement *ad probationem*, comme moyen de preuve, mais *ad solemnitatem*, comme l'une des formes nécessaires à la validité du testament. — Les dispositions *verbales* sont, par conséquent, nulles lors même qu'elles ont été faites en présence de plusieurs personnes qui en ont conservé le souvenir.

Quid, si l'écrit qui a été dressé dans les formes légales a été détruit par un cas fortuit ou par le fait d'un tiers?

Toutefois, lorsque l'acte qui a été dressé a été anéanti par un cas fortuit ou supprimé par le fait d'un tiers, soit depuis la mort du testateur, soit même de son vivant, s'il est mort sans en avoir eu connaissance, il est admis qu'on peut, conformément au principe de l'art. 1348, prouver par témoins que le testament a été régulièrement fait, que toutes les formes prescrites ont été observées.

Pourquoi deux personnes ne peuvent-elles pas tester *par le même acte*?

4° La personne qui veut tester ne peut point faire son testament *conjointement avec une autre personne*. Ainsi, le testament fait *dans un même acte* par *plusieurs personnes* est nul, soit qu'elles aient disposé réciproquement au profit l'une de l'autre, soit qu'elles aient disposé l'une et l'autre au profit de la même personne. — La loi, dit Pothier, a voulu, par cette disposition, que les testateurs aient plus de liberté et qu'ils ne soient pas exposés aux suggestions de la personne avec laquelle ils feraient conjointement leur testament. — M. Bigot-Préameneu en donne un second motif : « Il fallait, dit-il, éviter la difficulté qu'aurait fait naître la question de savoir si, après le décès de l'un des testateurs conjoints, le testament pourrait être révoqué par le survivant. Permettre de le révoquer, c'eût été violer la foi de la réciprocité ; le déclarer irrévocable, c'eût été changer la nature

du testament, qui alors eût cessé d'être réellement un acte de *dernière* volonté. »

§ III. — *Du testament olographe.*

Art. 970.

775. — Il n'est valable qu'autant que trois conditions concourent. Il faut : 1° qu'il soit daté ; 2° qu'il soit signé ; 3° que la date, la signature et les dispositions qu'il contient, soient écrites *en entier* de la main du testateur (voy. la Form. 300).

A quelles conditions est subordonnée la validité de ce testament? Pourquoi faut-il qu'il soit *daté?*

I. *Date.* — 1° *Motifs qui l'ont fait exiger.* — Les interdits et les mineurs de 16 ans sont incapables de tester ; les majeurs de 16 ans n'ont qu'une demi-capacité (voy. les nos 539 et 540) : la validité du testament dépend donc de l'époque où il a été fait. Sa date fait connaître cette époque ; c'est par elle qu'on sait s'il a été fait par une personne capable ou par une personne incapable. — Lorsque le testateur a fait plusieurs testaments, les premiers sont tacitement révoqués par ceux qui les suivent, pour toutes les dispositions qui sont entre elles contraires ou incompatibles (art. 1036) : il importe dès lors qu'ils soient datés, afin qu'on puisse reconnaître ceux qui ont été faits *les derniers*.

2° *De quels éléments elle se compose.* — La date que requérait l'Ordonnance de 1735 devait comprendre l'indication des *jour*, *mois* et *an*.

De quels éléments se compose la date? Est-il absolument nécessaire qu'elle contienne le jour, le mois et l'an?

Les rédacteurs du Code, qui avaient sous les yeux le texte de l'Ordonnance, lorsqu'ils ont organisé la théorie du testament olographe, n'ont point déterminé les éléments dont la date se compose ; j'en conclus qu'ils s'en sont référés, à cet égard, aux anciens principes. Ainsi, régulièrement, le testament doit contenir l'indication du jour, du mois et de l'an où il a été fait. Mais il n'est pas absolument nécessaire que le jour, le mois et l'an soient indiqués en termes exprès : ils peuvent l'être par équipollent. Sans doute le testament n'est pas valable, s'il ne contient l'indication de l'époque précise de sa confection ; mais, dès qu'il remplit cette condition, d'une manière non équivoque, la loi est satisfaite. Ainsi, serait valable le testament daté en ces termes : Fait le jour de Noël 1865.

3° *Place de la date.* — La loi ne la détermine point : la date peut donc indifféremment être mise, soit en tête du testament, soit à la fin, soit même au milieu des dispositions qu'il contient.

Où la date doit-elle être mise?

Rigoureusement, la date doit précéder la signature. On la tient cependant pour régulière lorsqu'elle la suit immédiatement, ou lorsqu'elle n'en est séparée que par un très-petit intervalle ; en d'autres termes, lorsqu'elle forme avec elle un seul et même contexte.

— Le testament olographe étant valable *en quelque endroit qu'il soit fait*, il n'est pas nécessaire d'indiquer dans la date le *lieu* où il a été rédigé.

Est-il nécessaire d'indiquer le lieu où le testament est fait?

776. — II. *Signature.* — Elle consiste habituellement dans

Quels sont les élé-

ments dont se compose la signature? l'apposition du nom de famille. Ce nom seul suffit; on peut y ajouter ses prénoms, mais cette addition n'est pas obligatoire.

Le nom de famille est-il absolument nécessaire? Il n'est pas même nécessaire que le testateur appose son nom de famille; tout ce que la loi exige, c'est que la signature soit suffisante pour faire connaître sans équivoque par qui le testament a été fait. Si donc le testateur avait l'habitude de signer les actes qu'il faisait, en apposant simplement ses prénoms, ou un surnom sous lequel il était connu dans le monde, ou même les initiales de son nom de famille, le testament qui serait revêtu de cette signature habituelle serait régulièrement signé, parce qu'en définitive cette signature déterminerait, mieux encore que l'apposition du nom de famille, l'individualité du testateur. C'est ce qui a été jugé relativement à Massillon, évêque de Clermont, qui avait signé son testament des initiales de ses prénoms, précédées d'une croix et suivies de sa qualité.

Quid, des prénoms?

Quid, si le testateur n'a écrit que les initiales de ses nom et prénoms?

Quid, s'il a apposé un nom qui n'est pas le sien, mais sous lequel il était connu dans le monde?

Où la signature doit-elle être mise? — La signature doit être à la fin du testament, parce qu'elle en est le complément et la perfection.

Pourquoi le testament qui n'est pas écrit en entier de la main du testateur est-il nul? 777. — III. *Ecriture.* — Le testament doit être l'œuvre du testateur seul. Lorsqu'un tiers a participé à sa rédaction, il est naturel de supposer que le testateur a subi l'influence d'une volonté étrangère : d'où la règle que *la date, la signature et chacune des dispositions dont se compose le testament, doivent être écrites en entier de la propre main du testateur.* Un seul mot écrit par une main étrangère vicie le testament, pourvu toutefois qu'il soit constant que ce mot en fait partie, qu'il a été accepté, approuvé par le testateur. Autrement, Pothier lui-même en fait la remarque, il serait au pouvoir des tiers en la possession desquels le testament tomberait de le détruire en y ajoutant un mot de leur main. Ainsi, il est bien certain que l'écriture étrangère mise en marge du testament n'est point une cause de nullité du testament, lorsqu'elle n'est point spécialement approuvée par la signature ou par un paraphe du testateur.

Comment faut-il entendre cette règle?

Un testament peut-il être valablement fait sous la forme d'une lettre missive? 778. — Les trois conditions que nous venons d'étudier sont les seules qu'exige la loi pour la perfection du testament olographe: « il n'est assujetti à aucune autre forme. » Concluons-en :

1° Qu'il peut être fait en forme de lettre missive. Mais, bien entendu, une lettre missive ne peut être considérée comme un testament qu'autant qu'elle contient, non pas l'annonce d'un testament que le signataire se propose de faire plus tard au profit de la personne à laquelle elle est adressée, mais de véritables dispositions testamentaires.

Peut-il être écrit sur papier libre? 2° Qu'il peut être écrit, soit sur du papier, libre ou timbré, soit sur toute autre matière, par exemple, sur du parchemin.

Quid, s'il est écrit sur un mur, sur une porte? Le testament charbonné sur un mur, imprimé sur une porte avec la pointe d'un canif, ou sur une vitre avec un diamant, est-il valable? Non, si l'auteur de cette écriture a pu tester selon la forme ordinaire, s'il est démontré qu'il lui était facile de se procurer tout ce qui est nécessaire pour écrire sur du papier l'acte

qu'il a charbonné sur le mur... : car alors cet acte n'a rien de sérieux. Oui, s'il est établi que le testateur n'a disposé de cette manière que parce qu'il a été, par suite de quelques circonstances extraordinaires, dans la nécessité impérieuse de recourir à ce moyen de manifester sa dernière volonté.

Comment, dans ce cas, remplir les formalités prescrites par l'art. 1007 pour rendre le testament exécutoire?

On peut, sur ce point, faire une objection. Le testament olographe qu'on veut faire exécuter doit être préalablement présenté au président du tribunal du domicile du défunt; le président en fait l'ouverture, s'il est cacheté, après quoi il dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonne le dépôt chez un notaire par lui commis (art. 1007). — « Or, peut-on dire, comment accomplir ces formalités si le testament est écrit sur un mur ? » Je réponds que la loi, en ordonnant que le testament soit présenté au président du tribunal et déposé chez un notaire, a statué sur le *plerumque fit*, et que, par conséquent, on peut, par équipollent, satisfaire à ses prescriptions.

Le président, après s'être transporté sur les lieux, dressera un procès-verbal, dans lequel il relatera exactement l'écriture qu'il aura lue sur le mur, et c'est ce procès-verbal qui sera, sur son ordre, déposé chez un notaire par lui commis.

Le testament olographe est-il un acte authentique?

Quelle conséquence faut-il tirer du principe qu'il n'est qu'un acte sous seing privé?

779. — IV. *De la force probante du testament olographe.* — Les actes *authentiques* sont ceux qui sont reçus par un officier public compétent, et selon les formes prescrites par la loi. Ils ont pour eux présomption de vérité, et font foi de leur date, ainsi que des conventions qu'ils renferment. Ce n'est pas à celui qui les invoque à les défendre; c'est à celui qui les combat à établir qu'ils ne sont pas ce qu'ils paraissent être. Bien plus, cette preuve ne peut être faite que par la voie de l'*inscription en faux* (voy. les nos 1523 et 1531).

Les actes *sous seing privé* sont ceux que les parties ont elles-mêmes rédigés, ou fait rédiger par un tiers qui n'a aucun caractère public, et qu'elles ont signés. Ils n'ont point pour eux, lorsqu'ils sont attaqués, présomption de vérité ; c'est à celui qui les invoque à prouver qu'ils sont en réalité ce qu'ils paraissent être (voy. les nos 1558 et 1560).

Le testament olographe est évidemment un acte *sous seing privé*, puisqu'il est l'œuvre d'un simple particulier, du testateur. L'article 999 ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard : car le testament y est qualifié, en termes exprès, d'acte *sous signature privée*. Les héritiers légitimes du testateur peuvent, par conséquent, méconnaître l'écriture et la signature qu'on leur oppose comme testament, et, par suite, mettre le légataire dans la nécessité de prouver que cette écriture et cette signature sont bien celles du défunt ; et il en est ainsi, soit qu'il les attaque à l'effet d'obtenir d'eux la délivrance de son legs, soit qu'il défende contre eux à l'effet de repousser la pétition d'hérédité qu'ils ont formée contre lui, lorsqu'il a été, sur l'ordonnance du président, envoyé provisoirement en possession des biens compris dans le prétendu legs qu'il invoque (art. 1008).

Dans cette dernière hypothèse, le légataire, étant en possession, joue le rôle de défendeur quant à l'action en pétition d'hérédité formée contre lui : il n'a donc rien à prouver, tant que les demandeurs n'ont pas établi qu'ils sont, *au degré successible, les parents du testateur*. Mais, dès que cette preuve est faite, le légataire doit établir la sincérité du testament : car alors il devient demandeur quant au fait qu'il invoque pour se défendre : *reus excipiendo fit actor* (1).

Le testament olographe fait-il foi de sa date ?

780. — Bien que le testament olographe ne soit qu'un acte sous seing privé, il fait cependant foi de *sa date*. S'il en était autrement, il serait impossible de savoir, lorsque le testateur a laissé deux testaments incompatibles ou contraires entre eux, lequel des deux doit produire son effet, puisqu'on n'aurait aucun moyen de savoir lequel est *le plus récent* (art. 1036).

Les héritiers qui contestent la sincérité de la date doivent-ils s'inscrire en faux ?

Mais je ne vais pas jusqu'à dire, ainsi que le fait la Cour de cassation, que les héritiers qui contestent la sincérité de la date doivent recourir à l'inscription en faux. Ils n'attaquent, en définitive, qu'un acte sous *seing privé*, et l'inscription en faux est une procédure tout exceptionnelle, qui n'est obligatoire que pour le cas où l'acte contesté est présenté comme étant l'œuvre d'un officier public (2).

En principe, la preuve de l'inexactitude ou de la fausseté de la date ne peut être faite qu'à l'aide de conjectures ou d'inductions tirées du testament lui-même et non d'ailleurs : *ex ipsomet testamento, nec aliunde*. Par exception, tous les genres de preuves, la preuve par témoins, les présomptions tirées d'une autre source que le testament, sont admissibles : 1° lorsque ses énonciations ou son état matériel font naître des doutes sur la sincérité de la date : dans ce cas, en effet, il ne s'agit plus que de compléter les indices qu'il fournit lui-même ; 2° quand il est attaqué soit pour cause d'insanité d'esprit ou de captation, soit pour cause d'incapacité.

§ IV. — *Du testament public.*

Art. 971.

Quelles sont les formalités auxquelles sont soumis les testaments publics ?

781. — I. *Observation.* — Le testament public est un acte notarié *sui generis* ; comme acte notarié, il est soumis aux formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI *sur le notariat* ; comme testament, il est soumis aux règles spéciales du Code. Il faut donc ajouter aux formes prescrites par le Code toutes celles qu'exige la loi de ventôse pour la validité des actes notariés. Toutefois, cette loi cesse d'être applicable quant aux points que le Code a lui-même

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 231; Dem., t. IV, n° 115 *bis*, VIII; Zach.; Aubry et Rau, t. V, p. 501; Marc., art. 978; Bazot, *Rev. prat.*, t. VI, p. 36 et s.; Demol., t. IV, n°s 148 et s. — *Contrà*, M. Bonnier, *Traité des preuves*, t. II, n° 708.

(2) MM. Dur., t. IX, n° 47; Bug.; Val.; Dem., t. IV, n° 115 *bis*, IX; Demol., t. IV, n° 162. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 504.

réglementés : car les lois anciennes ne sont obligatoires que pour les matières dont le Code ne s'est pas spécialement occupé (1).

782. — II. *Enumération des solennités prescrites par le Code.*— 1° Le testateur doit *dicter ses dispositions* à un notaire assisté d'un autre notaire et de deux témoins, ou, à défaut d'un second notaire, de quatre témoins;

2° Le notaire doit les écrire telles qu'elles lui sont dictées;

3° Il doit en donner lecture au testateur, en présence des témoins;

4° Le testament doit comprendre la mention expresse de l'accomplissement de chacune des formalités qui viennent d'être indiquées;

5° Il doit être signé de toutes les personnes qui ont pris part à la confection du testament (voy. les Form. 297 à 299).

Reprenons chacune de ces formalités.

Art. 972.

783. — 1° et 2°. *Le testament doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire, ou par les notaires, tel qu'il leur a été dicté.* — Les actes notariés ordinaires peuvent être reçus par deux notaires, sans témoins, ou par un seul notaire, assisté de deux témoins. Le testament, au contraire, ne peut l'être que par deux notaires, assistés de deux témoins, ou par un notaire assisté de quatre témoins.

Quelle différence y a-t-il entre les testaments publics et les actes notariés ordinaires?

M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, explique cette différence : « Les testaments, dit-il, se faisant le plus souvent au dernier moment de la vie, il était utile de multiplier les surveillants en faveur d'un individu qui peut être assiégé par l'intrigue et la cupidité. »

Quelle est la raison de cette différence?

Les actes ordinaires peuvent être rédigés par le notaire, même en l'absence des parties, sur les instructions qu'il a reçues d'elles : le notaire prend des notes, et ensuite rédige l'acte dans son cabinet. Quant au testament, il ne peut être rédigé qu'en la présence du testateur et sous sa dictée. La loi veut que le testateur dicte lui-même ses dispositions, parce que la dictée met celui qui la fait dans la nécessité de réfléchir, de peser les expressions qu'il emploie, afin de bien s'en rendre compte; elle est une garantie que le testament sera l'œuvre du testateur seul. La rédaction sur simples notes prises dans une conversation ne répondrait peut-être pas toujours très-exactement à l'intention du testateur. Le danger serait plus grand encore si le notaire, interrogeant le testateur, transcrivait ses réponses : car le testateur pourrait répondre à des questions dont il ne comprendrait peut-être pas très-bien la portée.

Pourquoi la loi exige-t-elle que le testament soit rédigé en la présence du testateur et sous sa dictée?

784. — *Dicter*, c'est énoncer *verbalement* ce qu'on veut qu'un autre écrive : les muets ne peuvent donc pas tester par acte public.

Pourquoi veut-elle, quand le testament est

(1) MM. Dur., t. IX, nos 49 et s.; Val.; Dem., t. IV, no 116 *bis*, II; Marc., art. 971; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 488 et 511; Demol., t. IV no 164.

reçu par deux notaires, que la dictée soit faite en la présence de l'un et de l'autre?

La dictée est faite au notaire, ou aux notaires, quand ils sont deux. Elle doit donc, dans la seconde hypothèse, être faite *en la présence des deux notaires*. La loi veut que le notaire qui n'écrit pas soit présent, afin qu'il puisse surveiller son confrère et l'avertir des erreurs qu'il pourrait commettre.

Par qui le testament doit-il être écrit?

Le testament peut, au reste, être écrit en entier par l'un des notaires, ou par chacun d'eux successivement et à tour de rôle. Il ne peut l'être ni par leurs clercs, ni par les témoins.

Les témoins doivent-ils être présents?

Les témoins doivent également être présents à la dictée : car le testament public est, aux termes de l'art. 971, celui qui est *reçu* par un ou deux notaires, en *présence* de deux ou quatre témoins.

Comment faut-il entendre la règle que le testament doit être écrit tel qu'il a été dicté?

785. — *Ecrire sous la dictée* de quelqu'un, c'est reproduire par écrit, et dans les mêmes termes, les paroles de la personne qui parle. Le testament doit donc être écrit *tel qu'il est dicté :* le notaire doit prendre soin de reproduire les expressions dont se sert le testateur. Toutefois, la loi ne pousse pas l'exigence jusqu'à l'absurde : ainsi, il est bien évident que le testament ne serait pas nul, parce que le notaire aurait, dans sa rédaction, évité de reproduire les fautes de français qu'il a rencontrées dans la dictée.

Quid, lorsque le testament est dicté en langue étrangère?

Le testateur peut dicter ses dispositions selon la langue qu'il sait parler ; mais, lors même qu'il les dicte en langue étrangère, le notaire doit les rédiger en français.—Lorsque le testament a été dicté en langue étrangère, le notaire qui l'a reçu en fait, en marge, une traduction dans la langue selon laquelle il a été dicté ; mais remarquez que cette traduction n'a pas l'authenticité de la copie française, qui est le véritable testament. — Un testament ne peut être ainsi fait qu'autant que les témoins connaissent tout à la fois et la langue française et la langue dans laquelle il est dicté : autrement, il leur serait impossible de s'assurer s'il a été rédigé tel qu'il a été dicté (1).

Pourquoi la loi veut-elle qu'il soit donné lecture du testament au testateur en présence des témoins?

786. — 3° *Il doit être donné lecture du testament au testateur en présence des témoins,* afin, d'une part, que le testateur vérifie si sa pensée a été bien reproduite, et, d'autre part, que les témoins s'assurent si les dispositions ont été rédigées telles qu'elles ont été dictées. — Un *sourd* ne peut pas tester en la forme publique : car, quant à lui, la formalité de la lecture ne peut pas être accomplie utilement.

Suffit-il, pour la validité du testament, que toutes les formalités ci-dessus énoncées aient été observées?

787. — 4° *Le notaire doit mentionner en termes exprès, et sur le testament même, que chacune des formalités exigées par la loi a été régulièrement accomplie.*—Ainsi, il ne suffit pas que ces formalités aient été accomplies ; le notaire doit, en outre, affirmer lui-même, par une déclaration solennelle, écrite sur le testament, que chacune des formalités exigées a été accomplie comme la loi veut qu'elle le soit.

(1) Voy. un arrêté du Gouvernement du 24 prairial an XI, et deux lettres du ministre de la justice des 4 et 29 thermidor an XII. — Comp. M. Demol. t. IV, nos 251-252 *bis*.

La solennité de la mention est fort utile. Qu'adviendrait-il, si elle n'était pas exigée? Le notaire qui accomplirait mal les formalités, ou qui négligerait de les accomplir, commettrait une faute qui pourrait peut-être le rendre passible de dommages et intérêts; mais la crainte de cette peine civile ne serait pas de nature à l'intéresser fortement à procéder régulièrement, avec la plus scrupuleuse attention. La solennité de la mention atteint au contraire ce but. En effet, si le notaire n'a pas scrupuleusement rempli chacune des formalités que la loi exige, la mention par laquelle il affirme les avoir remplies est alors *un faux* qui le rend passible de la peine des travaux forcés à perpétuité; or, celui-là n'est pas inattentif et indifférent, qui court risque de perdre, par sa négligence, sa liberté et son honneur.

La mention qu'il a été donné lecture au testateur et aux témoins est-elle régulière?

Ainsi, le notaire doit dire, au commencement, dans le corps ou à la fin de l'acte, car la loi n'assigne à cette mention aucune place particulière, que le testament a été *dicté* par le testateur, qu'il a été *écrit sous sa dictée* par le notaire ou par l'un des notaires, qu'il en a été *donné lecture* au testateur *en présence des témoins*. La mention qu'il en a été donné lecture *au testateur et aux témoins* ne serait pas régulière : elle ne prouverait pas, en effet, que le testament a été lu au testateur *en présence* des témoins, car il a pu l'être *séparément* au testateur et aux témoins. — Du reste, il n'y a pas ici d'expressions sacramentelles : tout ce qu'exige la loi, c'est que la mention soit conçue de telle manière qu'elle contienne une affirmation non équivoque de l'observation de chacune des formalités.

Art. 973.

Quelles personnes doivent signer le testament?

Quid, si le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer?

788. — 5° *Le testament doit être signé du testateur, des notaires et des témoins.* — Si le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer, l'absence de sa signature peut être suppléée par la mention expresse de la *déclaration* par laquelle il indique la *cause* qui l'empêche de signer. Il ne suffit pas que le notaire mentionne que le testateur n'a pas signé parce qu'il ne savait pas ou ne pouvait pas signer. La mention ne supplée la signature qu'autant qu'elle rapporte : 1° que le testateur a *déclaré* ne pas savoir ou ne pas pouvoir signer; 2° qu'il a déclaré ne pas savoir ou ne pas pouvoir signer pour telle *cause*.

Quid, si le testateur meurt pendant qu'il signe et avant d'avoir achevé sa signature?

Le testament reste donc imparfait lorsque la mort, surprenant le testateur pendant qu'il signe, l'empêche d'achever sa signature. On ne peut pas, en effet, dire qu'un testament est signé lorsque le testateur n'y appose que quelques-unes des lettres de sa signature ordinaire; et, comme le testateur est mort sans avoir *déclaré* qu'il ne pouvait pas signer pour telle cause, l'absence de sa signature ne peut être suppléée par aucune mention.

La mention conçue en ces termes: le testateur a déclaré ne pas savoir *signer*, est-elle suffisante?

La mention conçue en ces termes : *le testateur a déclaré ne pas savoir signer*, est régulière. Elle indique, en effet, la *cause* qui a empêché le testateur de signer.

Quid, de celle-ci: le testateur a déclaré ne pas savoir *écrire*?

Il n'en est pas de même de celle-ci : *le testateur a déclaré ne pas savoir écrire*. Elle ne fait pas, en effet, connaître la cause du défaut

de signature : car telle personne qui ne sait pas *écrire*, c'est-à-dire faire toutes les lettres de l'alphabet, peut savoir *signer*, c'est-à-dire faire toutes les lettres dont son nom se compose (1). Toutefois, s'il résulte des autres énonciations du testament que le mot *écrire* y a été employé comme synonyme du mot *signer*, la mention que nous venons de critiquer satisfait alors au vœu de la loi. C'est ainsi qu'on a jugé régulière la mention conçue en ces termes : *le testateur, interpellé de signer, a déclaré ne pas savoir écrire.* — Au reste, la mention, quoique régulière, ne supplée pas la signature lorsqu'il est établi que le testateur qui a déclaré ne pas savoir signer a fait une déclaration mensongère : cette déclaration n'est, en effet, rien autre chose qu'un refus déguisé de sanctionner son testament par sa signature (2).

Art. 974.

Est-il nécessaire que tous les témoins signent?

789. — Lorsque le testament est fait dans une *ville* ou dans un *faubourg*, les deux ou les quatre témoins qui assistent à la confection du testament doivent le signer ; aucune mention ne peut suppléer l'absence de leurs signatures. Dans les *campagnes*, où il est quelquefois difficile de trouver plusieurs personnes sachant signer, il suffit que le testament soit signé par l'un des deux, ou par deux des quatre témoins.

Quand peut-on dire que le testament est fait à la campagne?

Que faut-il entendre par *campagne*? La *Section de législation* avait proposé de ranger sous ce nom toutes les communes au-dessous de 1,000 âmes ; mais cette proposition ne fut pas admise. Aucune loi ne s'est expliquée sur ce point. La question de savoir si le testament a dû être signé par tous les témoins doit donc être décidée en fait, par les tribunaux, eu égard à la population du lieu où le testament a été reçu.

Le notaire doit-il mentionner sur le testament la signature du testateur et des témoins?

790. — Le notaire n'est pas tenu de mentionner que le testament a été signé par le testateur et par les témoins ; il suffit qu'il le soit. L'art. 14 de la loi de ventôse *sur le notariat* exige, il est vrai, qu'il soit fait mention, dans les actes notariés, de la signature des parties et des témoins. Mais, ainsi que nous l'avons dit sous le n° 781, cette loi n'est pas applicable aux matières dont le Code s'est spécialement occupé ; or, il a réglé tout ce qui a rapport à la signature du testateur et des témoins. « La loi sur le notariat, disait au Tribunat M. Jaubert, ne peut être invoquée dans les testaments, pour lesquels le Code règle *tout ce qui est relatif aux témoins.* »

Doit-il y mentionner les noms, qualités et demeures des témoins?

Le même raisonnement me conduit à dire que la mention des noms, des qualités et demeures des témoins, n'est pas nécessaire, bien qu'elle soit exigée pour les actes notariés ordinaires, par les art. 12 et 13 de la même loi.

Doit-il mentionner sa propre signature?

Le notaire doit, au contraire, mentionner sa signature. Le Code

(1) MM. Dur., t. IX, n° 93 ; Val. ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 518 ; Demol., t. IV, n° 319. — *Contrà*, Marc., art. 973.

(2) MM. Dur., t. IX, n° 99 ; Val. ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 518 ; Demol., t. IV, n° 387.

ne s'est pas, en effet, occupé de la signature du notaire : cette matière appartient, par conséquent, à la loi de ventôse *sur le notariat ;* or, aux termes de l'art. 14 de cette loi, les notaires ne doivent pas seulement signer l'acte qu'ils reçoivent, ils doivent, de plus, mentionner qu'ils l'ont signé.

Doit-il mentionner le lieu où le testament a été reçu ? D'où vient que cette mention est nécessaire dans les testaments publics, tandis qu'elle ne l'est pas dans les testaments olographes ?

791. — Dans les testaments olographes, l'indication du lieu où ils ont été faits n'est pas nécessaire; elle serait sans objet, puisque le testateur est capable de tester en quelque lieu qu'il soit. Il la faut, au contraire, dans les testaments publics : car, leur validité dépendant tout à la fois de la capacité du testateur et de celle du notaire, il importe qu'on sache où le testament a été fait, afin qu'on puisse vérifier s'il a été reçu dans un lieu où le notaire était capable d'instrumenter. — Remarquez, toutefois, que la mention du lieu n'est pas exigée à peine de nullité (voy. la loi de ventôse, art. 12 et 68 combinés); mais le notaire qui néglige de la faire encourt une amende de 100 francs.

§ V. — *Du testament mystique* (voy. les Form. 301 à 304).

Art. 976 et 977.

Quelles sont les formalités auxquelles est soumise la validité du testament mystique ?

792. — La validité du testament mystique est subordonnée à l'accomplissement des formalités suivantes :

1° Le testateur doit écrire lui-même ses dispositions ou les faire écrire par un tiers ;

2° Qu'elles soient écrites par lui ou qu'elles le soient par un tiers, il est tenu de signer l'écrit qui les renferme. Quant à la date, elle n'est pas obligatoire ;

3° Il doit *clore* et *sceller* soit le papier qui contient ses dispositions, soit l'enveloppe sous laquelle ce papier est renfermé. — Cette formalité peut être accomplie soit hors la présence, soit en la présence du notaire et des témoins auxquels ce papier sera présenté. — La loi n'exige pas que le testateur se serve de son propre cachet : elle l'autorise par là même à employer celui de toute autre personne.

Est-il nécessaire que le testateur appose, sur le pain à cacheter ou sur la cire dont il s'est servi pour clore le papier où se trouvent ses dispositions, un *sceau* ou *cachet* quelconque ?

Suivant l'opinion générale, il ne suffit pas que l'écrit contenant les dispositions du testateur, ou le papier servant d'enveloppe, soit fermé avec un pain ou de la cire à cacheter : il est absolument nécessaire que le testateur appose sur le pain ou sur la cire un *sceau* ou un *cachet* quelconque. « La loi, dit-on, est peut-être rigoureuse ; mais elle est formelle : *dura lex, sed lex.* » — Si cette interprétation est conforme au texte de la loi, elle est certainement contraire à son esprit. La loi veut que le testament soit clos et scellé, afin qu'on ne puisse pas substituer un acte faux à l'écrit qui contient les dispositions du testateur. Or, que faut-il pour atteindre ce but ? Que le testament soit clos et fermé de telle manière qu'on ne puisse pas l'ouvrir sans qu'il reste trace de cette ouverture. Qu'importe donc que la cire qui sert à le fermer soit ou non marquée d'une empreinte ? La loi n'ayant donné aucune définition du mot *scellé*, il est permis de l'interpréter dans le sens le plus large.

Or, n'est-il pas vrai que, selon la langue du monde, un papier est *scellé* quand il est fermé de telle sorte qu'on ne peut pas l'ouvrir sans le déchirer? Entendue autrement, la loi serait ridicule. Bien des gens n'ont d'autre cachet que la tête d'une épingle ou le bout de leur ongle : faudra-t-il donc annuler leur testament parce que la cire qui le scelle ne porte que l'empreinte de ce sceau populaire (1)?

4° Le testateur présente au notaire et aux témoins (au nombre de six) le papier qui contient ses dispositions; il le présente clos et scellé, ou le fait clore et sceller en leur présence.

5° Le testateur leur déclare que le contenu en ce papier est son testament, écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui.

Qu'est-ce que l'acte de *suscription*?

6° Le notaire dresse un procès-verbal dans lequel il rapporte, d'une part, que le testateur leur a présenté un papier clos et scellé, ou qu'il a fait clore et sceller en leur présence; d'autre part, qu'il a déclaré que le contenu en ce papier était son testament, écrit et signé de lui, ou écrit par un tiers et signé de lui. Ce procès-verbal s'appelle *acte de suscription*, parce qu'il est écrit sur le papier contenant les dispositions du testateur ou sur l'enveloppe. — L'acte de suscription, comme tout autre acte notarié, doit être daté (art. 12 de la loi de ventôse). Cette date est la seule à considérer : car le testament, en tant que *testament mystique*, n'est parfait que par l'acte de suscription. C'est également à cette date qu'on doit s'attacher lorsqu'on veut reconnaître, dans l'hypothèse où le testateur a laissé plusieurs testaments, lequel d'entre eux a été fait le dernier.

Doit-il être daté? Quelle est la date du testament mystique?

Est-il nécessaire que tous les témoins signent?

7° L'acte de suscription doit être signé du testateur, du notaire et des six témoins. — La loi exige la présence de six témoins, lors même que le testament est reçu par deux notaires, et la signature de *tous* les témoins, même dans le cas où il est reçu à la campagne.

Quid, si le testateur ne peut pas signer l'acte de suscription? *Quid*, s'il n'a pas pu signer ses dispositions?

Si le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature de l'écrit qui contient ses dispositions, ne peut pas signer l'acte de suscription, il est fait mention de la déclaration qu'il en a faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. Si l'impossibilité de signer existait au moment où le testateur a fait écrire ses dispositions par un tiers, un septième témoin doit être appelé qui doit signer l'acte de suscription avec les six autres témoins. Le notaire doit faire mention de la cause pour laquelle ce septième témoin a été appelé.

Quel est le sens de la règle que le testament doit être fait *uno contextu*?

8° La présentation du testament, la formalité de la clôture et du sceau, quand elle est accomplie en même temps que la présentation, la déclaration du testateur et l'acte de suscription, doivent

(1) MM. Val.; Dem., t. IV, n° 121 *bis*, II; Duv. — *Contrà*, MM. Dur., t. X, n° 123; Marc., art. 976; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 523; Demol., t. IV, n° 347.

avoir lieu de suite et sans interruption : le notaire ne peut pas laisser inachevé le testament, procéder à des actes étrangers, par exemple, à la passation d'une vente, et le reprendre ensuite. C'est *l'unité de contexte* des Romains (1). — La loi veut que ces formalités soient accomplies sans interruption, afin d'empêcher qu'un tiers intéressé ne puisse, pendant que le testateur et le notaire procéderaient à une autre opération, substituer un acte faux au papier qui contient les dispositions testamentaires. Mais remarquez que les formalités qui doivent être accomplies de suite et sans interruption ne commencent qu'à la présentation du testament au notaire en présence des témoins : le testament est, par conséquent, valable, quel que soit l'intervalle qui s'est écoulé entre le moment où il a été écrit et celui où il a été présenté au notaire en présence des témoins.

Quelle en est l'utilité?

793. — L'inobservation de l'une des formalités prescrites emporte la nullité du testament.—Le testament qui ne vaut pas comme testament *mystique* ne peut-il pas valoir comme testament *olographe*, lorsque l'écrit qui contient les dispositions testamentaires est *écrit en entier de la main du testateur, daté et signé de lui ?*

Le testament qui ne vaut pas comme testament *mystique* vaut-il comme testament *olographe*, lorsque l'écrit qui contient les dispositions testamentaires est *écrit en entier de la main du testateur, daté et signé?*

Quelques personnes tiennent la négative. « Le testament mystique, disent-elles, ne renferme pas deux testaments distincts : c'est un acte indivisible, un acte solennel qui ne peut pas valoir en l'absence des solennités que la loi prescrit pour sa validité. Le testateur n'a, d'ailleurs, voulu faire et avoir qu'un testament mystique ; or, ce testament étant nul, le testateur meurt nécessairement *intestat.* »

L'affirmative me semble préférable. Il n'est pas exact de dire que le testateur a eu cette intention : *J'aurai un testament mystique ou je mourrai intestat.* Son but principal a été d'avoir un testament. Il est vrai qu'il a voulu revêtir des formes du testament mystique celui qu'il a fait de sa propre main, afin d'en assurer plus efficacement la conservation et l'exécution ; mais il n'a, certainement, pas entendu laisser à la loi même le règlement de sa succession. Qu'on dise que son testament n'aura pas les caractères, la force d'un testament mystique, rien de plus juste ; mais, évidemment, il doit avoir la validité et la force d'un testament olographe, puisque le *de cujus* a voulu au moins avoir un testament, et que toutes les formalités prescrites pour la validité d'un testament olographe ont été remplies. Lorsque, volontairement, on soumet à certaines solennités un acte qui peut être valablement fait sans ces solennités, leur irrégularité ne l'empêche pas de valoir, s'il est d'ailleurs revêtu des formes qui lui sont propres ; c'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1318, l'acte qui ne vaut pas *comme authentique* par un défaut de formes vaut cependant *comme écriture privée* s'il a été signé des parties (2).

(1) *Inst. de Just.*, liv. II, Tit. x, § 3.
(2) MM. Dur., t. IX, n° 138 ; Val.; Dem., t. IV, n° 121 *bis*, VII; Zach., Aubry et Rau, t. IV, p. 527; Marc., art. 976; Demol., t. IV, n^{os} 408 et 409..

§ VI. — *Des causes physiques qui empêchent de tester sous certaines formes ou qui empêchent absolument de tester.*

Art. 978 et 979.

Dans quelle forme peuvent tester ceux qui ne savent ou ne peuvent pas signer, mais qui savent lire?

794. — 1° *Des personnes qui ne savent ou ne peuvent pas signer, mais qui savent et peuvent lire.* — Incapables de tester en la forme olographe, elles peuvent tester en la forme publique ou mystique; mais remarquez qu'en ce qui touche le testament mystique, la loi exige alors la présence d'un septième témoin (voy. le n° 792-7°).

Ceux qui ne savent ni lire ni écrire?

2° *Des personnes qui ne savent ou ne peuvent ni lire ni écrire.* — Elles ne peuvent tester que par acte public. Aucune autre forme ne leur est ouverte, ni la forme *olographe*, puisqu'elles sont incapables d'écrire, ni la forme mystique, puisqu'elles ne peuvent pas s'assurer que le testament qu'elles font écrire par un tiers et qu'elles présentent au notaire contient réellement les dispositions qu'elles ont voulu faire écrire.

Les muets?

3° *Des muets.* — Incapables de tester en la forme publique (voy. le n° 782), ils peuvent, *s'ils savent écrire*, tester soit dans la forme olographe, soit dans la forme mystique.

S'ils testent dans la forme mystique, la déclaration que doit faire le testateur, savoir, que le papier qu'il présente est son testament, écrit et signé de lui, ou écrit par un tiers et signé de lui, est remplacée par une attestation écrite de sa main au haut de l'acte de suscription et conçue en ces termes : *le papier que je présente est mon testament*. Le notaire écrit l'acte de suscription à la suite de ces mots, et fait mention qu'ils ont été écrits par le testateur en présence du notaire et des témoins. — Quant aux formalités, elles sont les mêmes que celles qui sont prescrites pour les testaments mystiques ordinaires, sauf pourtant deux dérogations :

1re DÉROGATION. Selon le droit commun, la personne qui veut faire un testament mystique peut écrire elle-même ses dispositions ou les faire écrire par un tiers (voy. le n° 792-1°). Le testateur qui est *muet* est tenu de les écrire de sa propre main. — Mais, puisqu'il sait lire, pourquoi exiger qu'il écrive lui-même ses dispositions? A l'époque où le Code a été fait, l'éducation des muets n'avait pas atteint ce degré de perfection qu'on lui donne aujourd'hui : un muet pouvait donc savoir écrire quelques mots, et n'avoir pas assez d'intelligence pour lire utilement et en son entier le testament qu'il aurait fait écrire par un tiers. Ce fut sous l'empire de cette idée qu'on exigea des muets qu'ils écrivissent eux-mêmes leur testament : l'accomplissement de cette formalité fut pour le législateur la preuve légale que le testateur avait une intelligence assez développée pour disposer en parfaite connaissance de cause.

2° DÉROGATION. Selon le droit commun, le testateur qui fait un testament mystique n'est pas tenu de dater l'écrit testamentaire qu'il présente aux notaires et aux témoins : il suffit que l'acte de suscription soit daté (voy. le n° 792, 2° et 6°). Il en est différem-

ment quand le testateur est muet : la loi veut qu'il date ses dispositions testamentaires. — Cette date est complétement inutile, puisque le testament mystique prend la date de l'acte de suscription (voy. le n° 792-6°). Il y a là une erreur législative, qui s'explique historiquement. L'Ordonnance de 1735 voulait que l'écrit testamentaire et l'acte de suscription fussent dans tous les cas, et quelle que fût la qualité du testateur, datés l'un et l'autre ; le Code, considérant qu'il était inutile de dater l'écrit testamentaire, a, dans l'art. 976, abrogé la disposition de l'Ordonnance sur ce point, tandis qu'il l'a, par mégarde, reproduite dans l'art. 979.

— Le muet qui ne sait pas écrire ne peut tester en aucune forme.

Dans quelle forme peuvent tester les sourds ?

4° *Des personnes qui sont sourdes.* — Elles peuvent, si elles savent *écrire*, faire un testament olographe ou mystique. Si elles savent lire, elles peuvent, quoiqu'elles ne sachent pas écrire, faire un testament mystique. Mais elles ne peuvent, en aucun cas, tester par acte public (voy. le n° 786). Elles sont donc incapables de tester si elles ne savent ni lire ni écrire.

Art. 975 et 980.

§ VII. — *Des personnes qui peuvent être témoins dans un testament.*

Quelles personnes peuvent être témoins dans un testament ?

795. — Les témoins dont la présence est requise dans les testaments doivent être :

1° *Mâles.* Ainsi les femmes ne peuvent pas être appelées comme témoins. La pudeur de leur sexe, qui ne leur permet pas *in cœtibus hominum versari*, est la raison qui les fait exclure.

2° *Majeurs* de vingt-un ans.

3° *Jouissant des droits civils.* Il ne suffit même pas que les personnes appelées comme témoins aient la *jouissance* des droits civils ; il faut, de plus, qu'elles en aient l'*exercice*. Ainsi, ne peuvent pas être témoins les personnes en état d'interdiction légale ou judiciaire : car, si elles ont la *jouissance*, elles n'ont point l'*exercice* de leurs droits civils.

4° *Sujets de l'Empire.* L'Ordonnance de 1735 disait : *régnicoles ;* la première rédaction du Code : *républicoles*. Les *républicoles* devinrent les *sujets de l'Empire*. Plus tard, en 1816, sous la Restauration, les sujets de l'Empire s'appelèrent *sujets du roi*.

Les étrangers qui ont été autorisés à fixer leur domicile en France peuvent-ils l'être ?

Chacune de ces formules a été introduite, non pas pour changer le fond des choses, mais uniquement dans le but d'approprier les mots à la constitution politique de chaque époque : les mots *régnicoles* ou *sujets de l'Empire* n'expriment donc qu'une même idée. Or, le mot *régnicole* a toujours été, sous l'ancien droit, employé par opposition au mot *aubain* ou *étranger*, comme synonyme du mot *Français*. — Ainsi, les *étrangers* qui ont été autorisés à fixer leur domicile en France ne peuvent pas, *quoiqu'ils aient la jouissance des droits civils* (art. 13), être témoins dans un testament.

Ne peut-on pas appeler pour témoins

Le Code ayant un système spécial sur la capacité des témoins

dans un testament des personnes qui ne pourraient pas l'être dans un acte notarié ordinaire?

en matière de testament, la loi du 25 ventôse an XI *sur le notariat* se trouve abrogée sur ce point (voy. le n° 781) : partant, toute personne qu'il n'a pas rangée parmi celles qu'il déclare incapables peut être appelée comme témoin dans un testament, lors même qu'elle figure au nombre des personnes que la loi de ventôse frappe d'incapacité. Ainsi, les personnes qui ne sont pas *citoyens*, c'est-à-dire qui n'ont pas la jouissance des droits *politiques*, telles que les faillis, celles qui ne sont pas domiciliées dans l'arrondissement communal, peuvent, en matière de testament, être appelées comme témoins, quoiqu'elles ne puissent pas l'être dans un acte ordinaire (art. 9 de la loi de ventôse) (1). — Le Code a élargi la classe des personnes capables, afin que ceux qui ne songent à leur testament qu'aux derniers moments de la vie ne soient pas privés de l'exercice de leur droit, par suite de l'impossibilité de trouver *promptement* des personnes capables d'être appelées comme témoins.

— En résumé, ne peuvent pas être témoins dans un testament : 1° les femmes; 2° les mineurs de vingt-un ans; 3° les personnes qui sont privées de l'exercice de leurs droits civils; 4° les étrangers.

Quelles sont les personnes qui ne peuvent pas être témoins dans un testament public?

796. — Les personnes qui ont la capacité générale de figurer comme témoins dans un testament sont, dans certains cas, frappées d'une incapacité relative. Ainsi, ne peuvent pas être témoins dans un *testament public* :

1° Les légataires, si modique que soit le legs qui leur est fait;

2° Leurs parents *ou* alliés jusqu'au quatrième degré. Le conjoint du légataire ne pourrait pas être appelé, car notre conjoint est en quelque sorte notre *premier allié*. — Les légataires, leurs parents ou alliés au quatrième degré, ne devaient pas être appelés à témoigner dans une cause qui les intéresse si essentiellement : leur témoignage est trop suspect pour offrir une garantie suffisante.

3° Les clercs des notaires qui reçoivent le testament : ils sont trop à la discrétion de leurs patrons pour contrôler utilement leurs actes.

Les parents et serviteurs du notaire, ou du testateur, peuvent-ils l'être?

797. — Le Code a déterminé spécialement les personnes qui sont frappées de l'incapacité *relative* de figurer comme témoins dans un testament public. Concluons-en que toutes les incapacités *relatives* dont il est question dans la loi de ventôse sont inapplicables en notre matière (voy. les n^os^ 781 et 785). Ainsi, les parents et serviteurs du notaire, que la loi de ventôse range parmi les incapables, peuvent servir de témoins dans un testament. J'en dis autant des parents et serviteurs du testateur, bien qu'aux termes de l'ar-

(1) Les domestiques jouissent aujourd'hui du droit d'élire et d'être élus : ces personnes jouissent donc des plus hautes prérogatives attachées à la qualité de *citoyen*. Faut-il en conclure qu'elles peuvent être témoins dans les actes notariés? La question peut être débattue. Je la résoudrais affirmativement (voy., au t. I, les n^os^ 102-104).

ticle 10 de la loi de ventôse, les parents ou serviteurs des parties ne puissent pas servir de témoins dans les actes ordinaires.

Quelles personnes peuvent être témoins dans un testament *mystique*, qui ne pourraient pas l'être dans un testament *public* ?

798. — Les légataires et leurs parents ou alliés, que l'art. 975 déclare incapables de figurer comme témoins dans un testament *public*, peuvent être témoins dans un testament *mystique*. S'il en était autrement, le notaire ne saurait jamais quelles personnes il doit choisir comme témoins, puisqu'il ignore celles en faveur desquelles le testament contient des dispositions.

Quid, des parents et serviteurs du testateur ou du notaire ?

799. — Les parents, alliés et serviteurs, du testateur ou du notaire, qui peuvent être témoins dans un testament *public* (voy. le n° 797), peuvent-ils l'être également dans un testament *mystique* ? Quelques personnes tiennent la négative. « Le Code, disent-elles, ne s'est occupé des incapacités *relatives* qu'en ce qui touche les testaments *publics* : donc, quant aux testaments *mystiques*, c'est à la loi de ventôse qu'il faut s'en référer. »

Je préfère le système contraire. En élargissant le cercle des personnes capables d'être appelées comme témoins dans les testaments, la loi a pour but de faciliter l'exercice du droit de tester ; or, le nombre des témoins étant beaucoup plus grand dans les testament mystiques que dans les testaments publics, j'en conclus que toute personne qui peut être témoin dans un testament public peut, *à fortiori*, l'être dans un testament mystique (1).

— DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

Dans quelles circonstances est-il permis de tester sans remplir les formalités du droit commun ?

800. — Les circonstances particulières en considération desquelles la loi a cru devoir se relâcher des règles ordinaires sur le mode de tester sont :

1° Le service militaire ;
2° Une maladie contagieuse ;
3° Un voyage maritime ;
4° Le séjour en pays étranger.

§ I. — *Du testament militaire.*

Art. 981 à 984, 1001.

801. — I. *Des personnes qui ont qualité pour le recevoir.* — Il peut être reçu soit par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, soit par un *sous-intendant militaire* (2), également assisté de deux témoins, soit par deux sous-intendants, sans qu'il soit besoin, dans ce dernier cas, d'appeler des témoins.

Il peut l'être enfin, lorsque le testateur est malade ou blessé,

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 240 ; Val. ; Dem., t. IV, n° 121 *bis*, IV ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 525 ; Demol., t. IV, n° 374. — *Contrà*, MM. Dur., t. IX, n° 141 ; Marc., art. 976.

(2) Les sous-intendants militaires ont remplacé les *commissaires des guerres*, dont parle l'art. 981 de notre Code. Voy. l'Ordonnance du 29 juillet 1817.

par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice (art. 982).

Quelles sont les formes du testament des militaires?

802. — II. *De ses formes* (voy. la Form. 305). — Il doit être signé par le testateur ; s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, l'officier qui le reçoit fait mention de la déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Il doit, en outre, être signé par l'officier ou les officiers qui l'ont reçu et aussi par les deux témoins, quand leur présence est nécessaire. Si l'un d'eux ne sait ou ne peut signer, la signature de l'autre suffit ; mais alors il doit être fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'a pas signé.

Ces formes sont les seules qui soient indiquées par le Code : elles suffisent, par conséquent. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le testateur *dicte* ses dispositions. L'officier qui les reçoit n'est pas tenu de les écrire lui-même ; il peut les faire écrire, soit par son secrétaire, soit par toute autre personne. Enfin, la lecture du testament au testateur en présence des témoins n'est pas plus nécessaire que la *dictée*.

Quelles personnes peuvent être appelées comme témoins dans un testament militaire?

803. — III. *Des qualités que doivent avoir les témoins.* — Le Code est muet sur ce point. On en a conclu que toute personne peut être appelée comme témoin, pourvu qu'elle ait les qualités physiques nécessaires, d'une part, pour comprendre les paroles du testateur, et s'assurer par elle-même de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, et, d'autre part, pour rendre au besoin compte de ce qui s'est passé. Dans ce système, les légataires, les mineurs, les femmes, les étrangers, peuvent être témoins.

J'aime mieux croire qu'en gardant le silence sur les qualités que doivent avoir les témoins qui assistent à la confection d'un testament militaire, le Code a entendu s'en référer à cet égard aux dispositions des art. 975 et 980 (1).

Quelles personnes ont le droit de tester selon la forme militaire?

804. — IV. *Des personnes qui peuvent tester selon la forme militaire.* — Peuvent tester en cette forme les militaires en activité de service et les individus employés dans les armées.

Dans quels cas ces personnes jouissent-elles de ce privilége?

805. — V. *Des cas dans lesquels ces individus jouissent de ce privilége.* — Ils en jouissent : 1° lorsqu'ils se trouvent hors du territoire français, soit en expédition militaire, soit au quartier ou en garnison ; 2° lorsqu'ils sont prisonniers chez l'ennemi, en quelque lieu que ce soit ; 3° lorsque, étant en France, ils se trouvent soit dans une place assiégée, soit dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

Quand les testaments militaires cessent-ils d'être valables?

806. — VI. *Quand les testaments militaires cessent d'avoir effet.* — Les formes auxquelles ils sont soumis présentant moins de garanties que les formes ordinaires, la loi veut que le testateur, revenu

(1) MM. Val.; Dem., t. IV, n° 127 *bis*, I; Demol., t. IV, n° 483. — *Contrà*, MM. Dur., t. IX, n° 150; Marc., art. 998. — MM. Aubry et Rau (t. V, p. 529, distinguent.

dans un lieu où il a la liberté d'employer les formes ordinaires, teste de nouveau et selon le droit commun. Elle lui accorde toutefois un délai à cet effet. Le délai est de six mois, à compter de son retour dans le lieu où il a la liberté de tester selon la forme ordinaire. S'il meurt dans ce délai, son testament militaire reçoit son exécution ; il est nul dans le cas contraire.

§ II. — *Du testament fait en temps de peste ou de toute autre maladie contagieuse* (voy. la Form. 306).

Art. 985 à 997.

807. — I. *Des personnes qui ont qualité pour le recevoir.* — Il peut être reçu, soit par un juge de paix, et, à son défaut, par le juge suppléant, soit par l'un des officiers de la commune, ce qui doit s'entendre du maire ou de son adjoint. Le juge de paix ou l'officier de la commune doit être assisté de deux témoins.

Comment teste-t-on en temps de peste ou de maladie contagieuse ?

Le juge de paix et l'officier de la commune, lorsqu'ils sont empêchés, ou lorsqu'il n'en existe point dans le lieu où se fait le testament, peuvent être remplacés par les autorités sanitaires.

Les règles du testament militaire sont, en ce qui touche la forme, les qualités que doivent avoir les témoins qui assistent à sa confection, et le temps pendant lequel il peut produire son effet, applicables au testament fait en temps de peste.

Pendant quel temps le testament fait en cette forme vaut-il ?

II. *Des personnes qui sont autorisées à tester en cette forme privilégiée.* — Ce sont celles qui se trouvent dans un lieu avec lequel toute communication est interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse. Peu importe que le testateur soit ou non atteint de cette maladie.

Quelles personnes ont le droit de tester dans cette forme privilégiée ?

§ III. — *Du testament maritime.*

Art. 988 à 998.

808. — I. *Des personnes qui ont qualité pour le recevoir.* — Il peut être reçu, savoir :

Quelles sont les formes du testament maritime ?

A bord des vaisseaux et autres bâtiments du gouvernement, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration, ou avec celui qui en remplit les fonctions.

A bord des bâtiments de commerce, par l'écrivain du navire, ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, avec ceux qui les remplacent.

Ainsi, dans la marine de l'État, c'est le capitaine qui reçoit le testament, qui tient la plume ; il est assisté par l'officier d'administration. C'est l'inverse dans la marine marchande. Cette différence s'explique par cette considération que le capitaine d'un navire marchand, bien qu'excellent marin, est le plus souvent moins instruit que l'écrivain du navire.

Sur les bâtiments de l'État, le testament du capitaine, et, sur les bâtiments de commerce, celui du capitaine, maître ou patron, ou celui de l'écrivain, est reçu par les personnes qui viennent après eux dans l'ordre du service.

Dans tous les cas, les officiers qui reçoivent le testament doivent toujours être assistés de deux témoins.

Les règles sur la forme du testament militaire, sur les qualités que doivent avoir les personnes qui assistent comme témoins à sa confection, sont également applicables au testament maritime.

Quelles personnes ont le droit de tester dans la forme maritime ?

809. — II. *Des personnes qui peuvent faire un testament maritime.* — Ce sont toutes celles, officiers, matelots, hommes d'équipage ou passagers, qui se trouvent sur un navire qui a commencé un voyage et ne l'a pas encore terminé. Deux conditions doivent donc concourir pour que le testament soit réputé être maritime : il faut qu'il soit fait, d'une part, *en mer*, et, d'autre part, *pendant le cours* d'un voyage. La personne embarquée sur un navire ne peut dès lors tester que dans la forme ordinaire, quand le navire est encore au port, attendant le jour du départ. — Le testament n'est pas non plus réputé maritime si, à l'époque où il est fait, le navire avait abordé un port français, auquel cas le testament n'est valable qu'autant qu'il est fait conformément au droit commun de notre pays. Il en est de même si le vaisseau a abordé soit une terre étrangère, soit une terre de la domination française, *où il existe un officier français*, auquel cas le testament n'est valable qu'autant qu'il est dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant les formes usitées dans le pays où il est fait.

Y a-t-il à l'étranger des officiers publics français capables de recevoir un testament selon les formes du droit commun?

— Ce que nous venons de dire suppose qu'il peut y avoir à l'étranger des officiers publics français capables de recevoir un testament selon les formes ordinaires : ces officiers publics sont les agents diplomatiques et les consuls.

On a fait cependant une objection. L'Ordonnance de 1681 *sur la marine* accordait expressément aux agents diplomatiques ou consuls le droit de recevoir les testaments des Français ; le Code n'a pas reproduit cette disposition : « Donc, dit-on, les agents diplomatiques et les consuls n'ont plus qualité à l'effet de recevoir un testament. L'Ordonnance de la marine ne peut pas être ici invoquée, puisque le Code a organisé, en notre matière, un système complet. »

Je réponds que, si le Code n'a pas reproduit expressément la disposition de l'Ordonnance de la marine sur la capacité des agents diplomatiques et des consuls en matière de testament, il la suppose au moins encore en vigueur, puisqu'il suppose dans l'article 994 qu'il peut exister à l'étranger des officiers publics français capables de recevoir des testaments. J'ajoute que l'Ordonnance de 1681 renferme sur les attributions des consuls, dont le Code ne s'est point occupé, une législation spéciale, et qu'ainsi cette législation est restée en vigueur (voy., en ce sens, une circulaire du ministre des affaires étrangères, du 22 mars 1834).

L'art. 48 du Code peut, il est vrai, fournir contre nous un argument *à contrario*. « La loi, dira-t-on, donne à ces fonctionnaires mandat, à l'effet de dresser les *actes de l'état civil des Français;* elle ne les autorise point à recevoir *leurs testaments* : donc, etc. » Mais cette différence entre les actes de l'état civil et les testaments s'explique par une raison fort simple. Les consuls étant déjà investis, par nos anciennes Ordonnances, du droit de recevoir les testaments, il était inutile de le leur accorder de nouveau. Quant aux actes de l'état civil, les consuls n'avaient pas autrefois le droit de les recevoir, car la rédaction de ces actes appartenait primitivement à l'Église : il était donc nécessaire de le leur accorder expressément (1).

Quelles personnes ne peuvent pas être instituées légataires dans un testament maritime?

810. — III. *Des personnes qui ne peuvent pas être instituées légataires dans un testament maritime.* — Le testateur ne peut faire aucun legs au profit des officiers du bâtiment.

Le legs fait à un officier resté étranger à la rédaction du testament est nul ; mais le testament demeure valable pour le surplus.

Que si le legs est fait à l'officier qui reçoit le testament, on peut alors se demander si le testament est nul pour le tout, ou seulement quant au legs fait à l'officier. Quelques personnes pensent qu'il est nul pour le tout ; elles appliquent, par analogie, la loi de ventôse, qui annule dans son entier le testament public par lequel il a été fait un legs au notaire qui l'a reçu (2). — Dans un autre système, on fait remarquer que le Code ne distingue pas entre le cas où le legs est fait à l'officier qui reçoit le testament et celui où il est fait à tout autre officier du navire ; que dès lors le résultat doit être le même dans l'un et l'autre cas. Or, tout le monde convient que la nullité du legs fait à un officier resté étranger à la rédaction du testament n'entraîne point la nullité des autres dispositions (3).

Lorsque l'officier qui a reçu le legs est *parent* du testateur, le legs est valable.

Quand le testament maritime cesse-t-il d'avoir son effet ?

811. — IV. *Quand le testament fait en mer cesse d'avoir son effet.* — Ce testament n'est valable qu'autant que le testateur meurt en mer, ou dans les trois mois après qu'il est descendu à terre, et dans un lieu où il a pu le refaire dans les formes ordinaires.

Quelles précautions doivent être prises pour prévenir la perte des testaments maritimes ?

812. — V. *Des précautions qui doivent être prises pour prévenir la perte du testament et le soustraire aux risques de la navigation.* — Ces mesures ne sont point des *formes constitutives* du testament : elles n'ont pour objet que d'en assurer la conservation. Il reste, par conséquent, valable lors même qu'elles n'ont pas été observées.

Le testament est-il nul si ces précautions n'ont pa été prises ?

(1) MM. Val.; Colmet de Santerre, continuateur de Demante, t. IV, n° 138 *bis*, II ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 485 ; Marc., art. 999; Demol., t. IV, n° 477. — *Contrà*, M. Dur., t. IX, n° 159.

(2) MM. Dur., t. IX, n° 168 ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 532; Demol., t. IV, n° 468.

(3) MM. Colm. de S., t. IV, n° 135 *bis*, II ; Marc., art. 997.

L'art. 1004, qui prononce la nullité du testament qui n'a pas été fait selon les formes prescrites, est ici sans application.

Le testament doit être fait en double original. L'officier qui l'a reçu doit, quand le navire aborde dans un port étranger où se trouve un consul, déposer, entre les mains de ce dernier, l'un des originaux clos et cacheté. Le consul doit le faire parvenir au ministre de la marine, et celui-ci doit en faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

Si le navire aborde en France, soit dans le port de l'armement, soit dans tout autre port, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui restait, si l'autre a été, pendant le cours du voyage, déposé entre les mains d'un consul, doivent être remis au bureau du préposé de l'inscription maritime. Ce préposé les fait passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonne le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

Dans tous les cas, il doit être fait sur le rôle du bâtiment, en marge du nom du testateur, mention de la remise qui a été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.

§ IV. — *Des testaments faits à l'étranger par un Français.*

Art. 999.

Dans quelles formes les Français peuvent-ils tester à l'étranger? Peuvent-ils tester dans la forme usitée dans le pays où ils sont, quoique cette forme ne soit pas usitée chez nous?

813. — Les Français peuvent, à l'étranger, faire leur testament: 1° *dans la forme olographe, sans qu'il y ait à distinguer si le pays où ils testent admet ou non cette forme de tester ;* 2° *par acte public, et d'après les formes françaises, devant le chancelier du consulat* (voy. le n° 809); 3° *selon les formes usitées dans le pays où ils testent, lors même que ces formes ne sont pas usitées en France :* LOCUS REGIT ACTUM.

Qu'on suppose, par exemple, qu'un Français teste *en Angleterre*, en présence de quatre témoins, après avoir fait écrire ses dispositions soit par l'un des témoins, soit par toute autre personne : ce testament, quoique fait dans une forme que notre Code ne reconnaît pas, est cependant valable. L'art. 999 dit, il est vrai, que le Français peut, à l'étranger, tester en la forme *olographe* ou en la forme *authentique*, ce qui semble exclure la faculté de tester en une forme qui ne serait ni olographe ni authentique. Mais, si l'on prenait ce texte à la lettre, il faudrait alors dire : 1° qu'un Français ne peut pas, à l'étranger, tester selon la forme *mystique*, lors même que ce mode de tester est pratiqué dans le pays où il teste : l'art. 999 ne fait pas, en effet, mention de ce mode de tester; 2° que le Français qui ne sait pas écrire n'a aucun moyen de tester, lorsqu'il se trouve dans un pays où le testament public n'est point usité. Or, le premier résultat serait absurde, et le second contraire à l'esprit de la loi, qui, évidemment, a pour but de faciliter l'exercice du droit de tester, quant aux Français qui se trouvent hors de leur patrie.

Je crois donc que le mot *authentique* a été employé, dans l'article 999, par opposition au mot *olographe*. La loi a voulu dire : le Français peut, à l'étranger, tester en la forme olographe ou en toute autre forme usitée dans le pays où il teste (1).

Art. 1000.

Les testaments faits à l'étranger peuvent-ils être exécutés en France ? Sous quelle condition peuvent-ils l'être ?

814. — Les testaments faits en pays étranger ne peuvent être exécutés sur les biens situés en France qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France. En outre, dans le cas où le testament contient des dispositions d'immeubles qui y sont situés, il doit être enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

SECTIONS III, IV, V ET VI. — DES LEGS.

15° *Répétition.*

§ I. — *Division des legs.*

Art. 1002.

Combien y a-t-il d'espèces de legs ?

815. — Les legs sont *universels*, *à titre universel*, ou *à titre particulier*.

Art. 1003.

Qu'est-ce qu'un legs universel ? Que faut-il considérer pour savoir si un legs est ou non universel ?

I. *Le legs* UNIVERSEL *est celui qui donne* VOCATION AU TOUT, *c'est-à-dire un droit* ÉVENTUEL *à la totalité des biens que laissera le testateur au jour de son décès* (voy. les Form. 309 à 314).

Je dis un droit *éventuel* à la totalité des biens, parce que l'*exécution* du legs, si universel qu'il soit dans ses termes, ne répond pas toujours à la *vocation* qu'il donne : il se peut, en effet, que le droit du légataire subisse des diminutions ou réductions par suite de la présence de certains autres héritiers ou légataires appelés à concourir avec lui. Mais ce n'est pas par le *résultat acquis* qu'on doit juger de la nature du legs ; ce qu'il faut considérer, c'est la *vocation* qu'il donne. Si la *vocation* est telle qu'il y ait, pour le légataire, *espoir et possibilité* d'avoir *tous* les biens que le testateur laissera à son décès, le legs est universel, et il conserve ce caractère lors même que l'espoir du légataire ne se réalise pas, c'est-à-dire lors même que l'*exécution* du legs ne répond pas à sa *vocation*.

Ainsi, on peut être légataire *universel*, bien qu'on ne recueille peut-être qu'une *fraction* très-minime des biens, et même quoiqu'on n'en recueille aucune. Réciproquement, il se peut qu'un legs soit *à titre particulier*, bien que le légataire recueille tous les biens dont se compose le patrimoine du testateur. Quelques espèces sont nécessaires pour mettre cette théorie en lumière.

J'ai légué *tous mes biens* à *Primus* : *Primus* est-il *certain* de les avoir *tous* ? Non certes : car je puis laisser des héritiers réservataires. A-t-il l'*espoir* de les avoir *tous* ? Évidemment : car mes parents réservataires peuvent mourir avant moi, ou répudier ma

(1) MM. Val.; Colm. de S., t. IV, n° 138; Marc., art. 999; Demol., t. IV, n° 475. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 485.

succession s'ils me survivent. Le legs que j'ai fait contient donc une *vocation*, un droit *éventuel*, au tout : c'est un legs universel.

J'ai légué *tous mes biens* à *Primus* et 100,000 fr. à *Secundus ;* je meurs et je laisse dans ma succession 100,000 fr. ; *Secundus* m'a survécu : s'il accepte le legs que je lui ai fait, *Primus* n'aura rien; que si, au contraire, *Secundus* est prédécédé, ou si, après m'avoir survécu, il répudie le legs qui s'est ouvert à son profit, *Primus* recueillera *toute* ma succession. Ainsi, il se peut que *Primus* n'ait rien ; il se peut qu'il ait *tout :* son legs est *universel.*

Deux personnes peuvent-elles être en même temps légataires universels ?

J'ai légué *tous mes biens* à *Primus* et à *Secundus :* j'ai fait deux legs universels. *Primus* et *Secundus* ont, en effet, l'un et l'autre, *vocation au tout*, un droit *éventuel* à la succession entière. Sans doute, s'ils viennent tous les deux, un partage aura lieu : car il est impossible que la succession tout entière appartienne à l'un et à l'autre : *concursu partes fiunt ;* chacun d'eux souffre une diminution par suite de la présence de son colégataire. Mais, si l'un d'eux décède avant le testateur, ou si, lui ayant survécu, il répudie le legs qu'il en a reçu, le légataire resté seul prend LE TOUT, *jure non decrescendi ;* il prend la succession entière, parce qu'il a vocation au tout et que rien ne s'oppose alors à la réalisation du droit qui lui a été légué.

816. — J'ai légué tous mes biens à *Primus* et à *Secundus, à chacun pour moitié :* cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle qui précède.

Quelle différence y a-t-il entre le cas où j'ai légué tous mes biens à *Primus* et à *Secundus*, et celui où j'ai légué la moitié de mes biens à *Primus* et l'autre moitié à *Secundus ?*

Lorsque je lègue tous mes biens à *Primus* et à *Secundus*, je fais deux legs universels : car je donne à chacun de mes légataires l'espoir d'avoir toute la succession, vocation qui pourra se réaliser si l'un des deux légataires vient seul. Il n'en est plus de même lorsque je lègue une moitié de mes biens à *Primus*, une autre moitié à *Secundus* : je fais alors deux legs *à titre universel :* car chacun des légataires ne reçoit qu'un droit limité et restreint à la moitié de mes biens. Quoi qu'il arrive, il n'aura toujours que ce qui lui a été légué, la moitié de mes biens. Quant à l'autre moitié, pour laquelle il n'a pas vocation, elle sera recueillie soit par son colégataire, soit, à son défaut, par mes héritiers *ab intestat.*

Quel est le caractère de l'universalité ?

817. — Lorsque je vous lègue l'*universalité* de mes biens, le legs que je vous fais est sans limitation, indépendant de la nature des biens composant mon patrimoine au moment où je teste. Il a pour objet, non pas *des biens déterminés individuellement*, mais *une masse ;* non pas la masse de mes biens *au moment de la confection de mon testament*, mais la masse des biens que je laisserai *au moment de mon décès.* Dès lors, peu importent les innovations qui se font dans mon patrimoine ! les choses acquises sont subrogées aux choses aliénées. Que mon patrimoine augmente ou diminue, l'objet du legs ne change point. « L'universalité, dit Demante (*Programme*, t. II, n° 373), est un être de raison qui ne change point avec les biens qui la composent ; en sorte que ceux-ci pourraient être renouvelés en entier sans qu'elle eût éprouvé la moin-

dre altération. Elle est susceptible d'accroissement ou de décroissement, suivant qu'il s'y ajoute de nouveaux biens ou que quelques-uns en sont retranchés. »

Le legs de tous les biens qui appartiennent au testateur au moment où il teste est-il universel ?

818. — Lorsque je lègue tous les biens qui m'appartiennent *au moment où je teste*, ou lorsque je lègue des objets considérés individuellement, le legs est *particulier*, quoique ces biens ou ces objets soient actuellement tout ce que je possède. Je n'ai pour toute fortune qu'un jardin, une maison et quelques meubles meublants; je vous lègue *mon jardin, ma maison, avec tous les meubles qui s'y trouvent, mon linge de corps et de table :* ce legs est particulier, car il ne donne point vocation à l'*universalité des biens que je laisserai à mon décès*. Et, en effet, si j'acquiers, avant de mourir, de nouveaux biens, vous n'aurez toujours que les choses que je vous ai léguées. Bien plus, si je vends ma maison ou si je l'échange contre une autre, vous n'aurez ni la maison que je vous ai léguée, car en l'aliénant j'ai tacitement révoqué, quant à cette maison, le legs que je vous en avais fait (art. 1038); ni l'argent ou l'autre maison que j'ai reçu en échange de la maison que je vous avais léguée, car cet argent, cette nouvelle maison, ne sont point compris dans le legs dont vous avez été gratifié.

Art. 1010.

Qu'est-ce qu'un legs à titre universel ?

819. — II. *Legs à titre universel* (voy. la Form. 312). — Le Code ne le définit point: il se contente d'énumérer les cas dans lesquels il a lieu. Or, aux termes de l'art. 1010, le legs est *à titre universel*, lorsque je lègue :

Soit une fraction des biens dont la loi permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers,

Soit tous mes immeubles,

Soit tous mes meubles,

Soit une fraction de tous mes immeubles,

Soit enfin une fraction de tous mes meubles.

Le legs par lequel le testateur a disposé d'une fraction de tous les biens qu'il laissera à son décès est-il à titre universel ?

Ajoutons un sixième cas, celui où je lègue une fraction, telle qu'une moitié, un tiers, de *tous les biens que je laisserai à mon décès*. Ce legs n'est pas *universel*, puisqu'il ne donne vocation qu'à une *fraction* de l'universalité des biens. Ce n'est pas non plus le legs *particulier :* car, si le legs d'une fraction *des biens dont la loi me permet de disposer* est un legs *à titre universel*, à bien plus forte raison doit-il en être de même du legs d'une fraction de *tous mes biens* (1).

Qu'est-ce qu'un legs particulier ?

820. — III. *Le legs particulier est celui qui n'est ni universel ni à titre universel* (voy. les Form. 313 à 315). — Toute disposition qui ne donne point vocation au tout, et qui ne rentre dans aucune des six hypothèses du legs à titre universel, est, par conséquent, un legs *particulier*.

Est-ce un legs particulier que celui par lequel le testateur a

Ainsi, le legs est *particulier*, non-seulement lorsqu'il a pour objet une somme déterminée, 10,000 fr., par exemple, ou des biens

(1) MM. Dur., t. IX, n° 207; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 146; Colm. de S., t. IV, n° 145 *bis*, I; Demol., t. IV, n°s 578 et 579.

légué *toutes ses maisons* ou *tous les immeubles qu'il a ou qu'il laissera dans tel département?*

individuellement déterminés, ma maison A, mon pré de tel endroit; mais encore lorsqu'il comprend une masse déterminée de biens, comme : *toutes mes maisons* ou *tous les immeubles que j'ai ou que je laisserai dans tel département*, ou encore *tous les meubles qui sont dans ma maison.* Dans ces différentes hypothèses, le legs est particulier : car, d'une part, il ne donne pas vocation au tout, et, d'autre part, il ne rentre dans aucun des six cas du legs à titre universel.

Quid, du legs de la nue-propriété de tous les biens?

821. — On décide généralement que le legs de la *nue-*propriété de tous les biens est *universel.* L'usufruit, que le legs ne comprend pas directement, n'est, en effet, qu'une servitude, dont se trouve affectée l'universalité qui a été léguée, une charge imposée au légataire de la nue-propriété; or, lorsque la charge ou servitude dont un bien est grevé vient à cesser ou à manquer, qui en profite? Le propriétaire des biens grevés! Donc, le legs de la nue-propriété de tous les biens comprend éventuellement l'universalité de ces mêmes biens (1).

Quid, du legs de l'*usufruit* de tous les biens?

822. — Le legs de l'*usufruit* de tous les biens est *particulier :* ce n'est, en effet, ni un legs universel, puisqu'il ne donne point vocation au tout, ni un legs à titre universel, puisqu'il ne rentre dans aucun des six cas du legs à titre universel. Il est vrai que la loi appelle usufruitier *universel* celui qui a un droit d'usufruit sur tous les biens du défunt (art. 612); mais, en se servant de cette expression, elle n'a d'autre but que d'opposer l'usufruitier dont le droit porte sur une masse de biens à l'usufruitier de corps certains, d'objets individuellement déterminés (voy., au t. I, les nos 1604 et s.) (2).

Le legs par lequel le testateur a légué *sa quotité disponible* ou *tous les biens dont la loi lui permet de disposer* est-il universel ou à titre universel?

823. — Une question nous reste à examiner. Faut-il considérer comme un legs *universel*, ou comme un legs *à titre universel*, la disposition conçue en ces termes : Je lègue à Paul *tout ce dont je puis disposer;* ou : *Je lui lègue la quotité disponible de mes biens?* A première vue, il semble bien que le legs est *universel.* « En effet, peut-on dire, si le testateur meurt sans laisser aucun héritier réservataire, la quotité disponible comprendra *la totalité* de ses biens : donc le legs de la quotité disponible donne un droit *éventuel au tout :* donc il est universel. » Mais ce raisonnement ne peut être juste qu'autant qu'il est démontré que le testateur a entendu léguer tous ses biens, au cas où il ne laisserait point d'héritier réservataire. Il est possible qu'il n'ait pas eu cette intention : car, dans sa pensée, les mots *quotité disponible* étaient peut-être synonymes du mot *fraction.* Ainsi, lorsqu'un père qui a trois enfants lègue *sa quotité disponible*, peut-être entend-il dire *le quart de ses biens.*

(1) MM. Dur., t. IX, n° 189; Colm. de S., t. IV, n° 144 *bis*, IV; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 145; Demol., t. IV, n° 538.

(2) MM. Colm. de S., t. IV, n° 144 *bis*, IV; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 147; Marc., art. 1003; Demol., t. IV, n° 586. — *Contrà*, M. Dur., t. IV, nos 522 et 633.

La question doit donc être résolue en fait et selon les circonstances ; c'est une pure question d'interprétation de la volonté du testateur. Ainsi, la circonstance qu'il avait, quand il a testé, trois enfants ou un plus grand nombre, doit naturellement, si elle n'est point contredite par quelque autre présomption, faire présumer qu'en léguant la quotité disponible, il n'a entendu donner que le quart de ses biens. Il faudrait, en effet, pour admettre le contraire, qu'il eût prévu le *prédécès de chacun de ses enfants ;* or, il n'est pas probable que la prévision d'un fait aussi extraordinaire ait pu entrer dans son esprit (1).

§ II. — *De la nature des dispositions testamentaires.*

Art. 1002.

Sous quelles dénominations un legs peut-il être fait?

824. — Toute disposition testamentaire, « qu'elle soit faite sous la dénomination d'*institution d'héritier*, ou qu'elle soit faite sous la dénomination de *legs*, produit son effet suivant les règles établies par la loi pour les legs universels, à titre universel ou particulier. »

Quelle différence y avait-il en droit romain entre l'*institution d'héritier* et le *legs*, en d'autres termes, entre l'*héritier* et le *légataire*?

Le testament qui ne contenait que des *legs* était-il valable?

En droit romain et dans nos pays de droit écrit, la loi distinguait deux sortes de dispositions testamentaires : l'*institution d'héritier* et le *legs*.

L'*héritier institué*, de même qu'un héritier légitime, *représentait le défunt ;* il ne succédait point seulement à *ses biens*, il succédait aussi à sa *personne*. Représentant du défunt, il succédait à l'universalité de ses droits et de ses dettes ; continuateur de sa personne, il était tenu de ses dettes, non pas seulement dans la limite de ses biens, mais *in infinitum*, *ultrà vires bonorum*. — C'est à lui, enfin, qu'appartenait la *saisine* des biens. Il n'était donc pas obligé de former contre les parents du testateur une demande en délivrance de la succession : la loi l'autorisait à se mettre en possession, sous la seule condition de faire vérifier son titre par le juge.

L'*institution d'héritier*, c'est-à-dire la désignation de la personne par laquelle le testateur voulait être représenté après sa mort, était la condition essentielle de la validité du testament, *caput et fundamentum testamenti*. Ainsi, point de testament valable sans une *institution d'héritier :* le testament qui ne contenait que des *legs* était radicalement nul, du moins comme testament.

Le *légataire* ne représentait point le testateur : successeur *aux biens*, mais non continuateur de la *personne* du défunt, il n'était tenu de ses dettes que dans la limite de son émolument, *intrà vires bonorum*. — Il n'avait pas la *saisine*, ce qui le mettait dans la nécessité de former une demande en délivrance de son legs contre le représentant du défunt.

Selon notre droit

825. — Dans nos pays de coutume, au contraire, il était de

(1) MM. Dur., t. IX, nos 181 et 182 ; Val.; Colm. de S., t. IV, no 144 *bis*, III ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 147 ; Marc., art. 1003 ; Demol., t. IV, no 540.

coutumier, pouvait-on faire un héritier par testament ?

Le testament qui contenait une *institution d'héritier* était-il *nul* ?

principe qu'on ne pouvait pas faire un *héritier* par testament, c'est-à-dire se donner un *représentant*, un *continuateur* de sa personne. Dieu seul, disait-on, fait les *héritiers : solus Deus heredem facere potest, non homo.*

Selon certaines coutumes, l'*institution d'héritier* rendait nul le testament et, avec lui, tous les legs qu'il contenait.

D'autres étaient moins rigoureuses : lorsque le testateur *instituait un héritier*, cette disposition n'était pas nulle ; on la maintenait, mais elle ne valait que comme *legs universel*. L'*institué* n'était pas *héritier ;* simple légataire, c'est-à-dire simple successeur aux biens, il n'avait jamais la saisine, et n'était tenu de payer les dettes qu'*intrà vires bonorum.*

Sous l'empire de notre Code, l'*institution d'héritier* et le *legs* produisent-ils les mêmes effets ?

Quels sont ces effets ? L'héritier ou le légataire universel représente-t-il le défunt ? Est-il tenu de ses dettes *ultrà vires bonorum* ?

826. — Aucun de ces systèmes n'a été maintenu par le Code. Les art. 967 et 1002, qui y font allusion, ont consacré cette double règle : 1° la volonté du testateur, sous quelque dénomination qu'elle ait été manifestée, doit être exécutée ; 2° l'effet d'une disposition testamentaire sera toujours le même, soit que le testateur l'ait qualifiée d'*institution d'héritier*, soit qu'il l'ait appelée *legs*. Ainsi, l'*institution d'héritier* et le *legs* sont deux dispositions de même nature, soumises aux mêmes règles, produisant les *mêmes effets*. Mais quels effets ? Le légataire succède-t-il à la *personne* du testateur ? Le représente-t-il ? N'est-il qu'un simple *successeur aux biens ?* En d'autres termes, quel système le Code a-t-il consacré ? le système des pays de droit écrit ou celui de nos coutumes ?

Sur ce point, le Code ne s'est pas expliqué de manière à prévenir tous les doutes.

Quant aux legs *à titre universel*, on est en général d'accord : les légataires à titre universel ne sont que de simples *successeurs aux biens*. En effet, tout successeur à la *personne* du défunt, tout successeur qui *le représente*, a la saisine pleine et entière des biens qu'il doit recueillir ; or, le Code ne leur accorde en aucun cas le bénéfice de la saisine. Ainsi, les légataires à titre universel ne représentent point le défunt ; ils n'ont point la saisine, et, simples successeurs aux biens, ils ne paient les dettes que dans la limite de leur émolument (1).

Quant aux légataires *universels*, le Code leur accorde le bénéfice de la saisine lorsque le testateur *n'a point laissé de parents réservataires ;* dans l'hypothèse contraire, la saisine appartient aux héritiers réservataires (art. 1004 à 1006).

Le légataire universel qui n'a pas la *saisine* ne représente point le défunt : simple successeur aux biens, il ne paie les dettes que

(1) Un éminent magistrat, M. Nicias Gaillard, a soutenu l'opinion contraire dans une dissertation très-remarquable, qu'on trouvera dans la *Revue critique de jurisprudence*, t. II, juin 1852. — Dans le même sens, M. Demol., *Succ.*, t. I, nos 157 à 160 ; t. III, nos 117 et suiv. ; t. V, nos 37 et 38 ; *Don. et test.*, t. IV, no 599 et suiv. C'est aussi l'opinion de M. Duverger.

jusqu'à concurrence de son émolument (1). — Mais, s'il est saisi, c'est-à-dire s'il n'est pas en concours avec des héritiers réservataires, faut-il encore décider de même? Faut-il, au contraire, voir en lui un véritable *représentant de la personne du défunt*? La question est vivement controversée.

827. — PREMIER SYSTÈME. Le légataire universel qui ne vient pas en concours avec des héritiers réservataires *représente le défunt* : car, si telle n'était pas la volonté de la loi, elle ne lui accorderait pas le bénéfice de la saisine, qui ne peut appartenir qu'aux *continuateurs de la personne du défunt*. Le Code a voulu faire une transaction entre les principes du droit écrit et ceux du droit coutumier. Le légataire universel concourt-il avec des héritiers réservataires : il n'a pas la saisine, et, simple successeur aux biens, il ne paie les dettes que dans la limite de son émolument. Vient-il seul, sans concours avec des héritiers réservataires : il est de plein droit *saisi* de la succession, et, *continuateur de la personne du défunt*, il paie les dettes *ultrà vires bonorum* (2).

828. — DEUXIÈME SYSTÈME. Le légataire universel ne représente jamais le défunt. Pothier, après avoir dit que *l'institution d'héritier* n'a pas lieu selon le droit coutumier, ajoute : « Néanmoins, si le testateur *institue un héritier*, cette disposition n'est pas nulle; on la maintient, mais à titre de *legs universel*. » Telle est la doctrine qu'a consacrée le Code. Il résulte, en effet, des termes mêmes de l'art. 1002, que toute disposition testamentaire, qu'elle soit faite sous la dénomination d'*institution d'héritier* ou qu'elle le soit sous la dénomination de *legs*, doit recevoir l'effet d'un *legs*. Et c'est bien ainsi qu'on l'a entendu au Tribunat : « Il faut, disait-on, tout en laissant subsister *la dénomination d'institution d'héritier*, qui est en si grand usage, annoncer en même temps que *tous les effets attachés par la loi romaine au titre* D'HÉRITIER *sont entièrement effacés* » (Locré, t. XI, p. 323). Ainsi, ce que la loi conserve, c'est la *qualification d'héritier;* le mot reste, mais le mot seulement. M. Favart, dans son discours au Corps législatif, le dit expressément (Locré, t. XI, p. 506).

Il est vrai que le Code accorde le bénéfice de la saisine au légataire universel qui n'est pas en concours avec les héritiers réservataires, et en cela il s'écarte du droit coutumier ; mais, parce que l'héritier est saisi, parce qu'il est dispensé de demander aux parents du testateur la délivrance de son legs, il ne s'ensuit pas qu'il soit *le représentant du défunt, le continuateur de sa personne*. Il n'y a pas, en effet, corrélation nécessaire entre le bénéfice de la saisine et la représentation du défunt par le légataire. Sans doute, toute personne qui représente le *de cujus* jouit du bénéfice de la saisine ; mais la réciproque n'est pas vraie, aucun texte ne l'éta-

(1) Voy. toutefois, à la page 422, la note 2.
(2) MM. Colm. de S., t. IV, nos 142 *bis*, III, et 152 *bis*, XI ; Dur., t. VII, no 14, et t. IX, no 201 ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 172.

blit. On peut donc avoir la saisine et n'être pas *héritier*. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1026, un exécuteur testamentaire peut avoir la saisine de certains biens, quoique pourtant il ne soit pas appelé à les recueillir (1).

Dans ce système, le légataire universel n'est jamais tenu des dettes qu'*intrà vires bonorum* (2).

§ III. — *Des droits qu'acquièrent les différents légataires et des actions qui leur compètent.*

Art. 1014.

Quel droit le légataire universel acquiert-il sur les biens légués?

829. — I. *Des droits qu'acquièrent les légataires et des actions qui en résultent.* — Le légataire *universel*, de même qu'un héritier *ab intestat*, acquiert la *propriété* de chacun des biens laissés par le défunt : la propriété *absolue et exclusive* lorsqu'il succède seul, la propriété *indivise* lorsqu'il concourt avec un héritier réservataire. Les successions testamentaires sont, en effet, comme les successions *ab intestat*, une manière d'acquérir la propriété des biens (art. 711).

Quelles actions lui compètent?

Trois actions compètent au légataire universel : 1° une action en *partage* de la succession, lorsqu'il est dans l'indivision avec un héritier réservataire; 2° une action en revendication contre les tiers possesseurs de choses faisant partie de la succession; 3° une action personnelle à l'effet de poursuivre les débiteurs du défunt.

Quid, quant au légataire à titre universel?

Le légataire *à titre universel* acquiert également tantôt une propriété absolue et exclusive, tantôt une propriété *indivise :* une propriété absolue, lorsqu'on lui a légué soit tous les immeubles, soit tous les meubles; une propriété indivise, lorsque son legs a pour objet une fraction soit de tous les biens, soit de tous les immeubles ou de tous les meubles. — Les actions qui compètent au légataire universel appartiennent également au légataire à titre universel, dans la limite de la fraction qu'il recueille.

Quel droit le légataire particulier acquiert-il?

Est-ce un droit de *propriété* ou un simple droit de *créance?*

830. — Le légataire *particulier* acquiert, aux termes de l'article 1014, « un droit à la chose léguée. »

Quelle est la nature de ce droit? Est-ce un droit *sur* la chose léguée, un *jus in re*, en d'autres termes, un *droit de propriété?* N'est-ce, au contraire, qu'un simple droit *à* la chose léguée, un *jus ad rem*, en d'autres termes, une *créance?* — A ne consulter que le texte de notre article, nous devrions dire que le droit acquis est un droit *à* la chose léguée, une simple *créance.* Mais, en le décidant ainsi, nous méconnaîtrions, d'une part, notre ancien droit, car Pothier nous apprend que la propriété de la chose léguée passait du testateur au légataire du jour même de l'ouverture de la

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 243; Marc., art. 1006.

(2) D'après une troisième opinion, les légataires universels sont toujours, et sans distinction, tenus des dettes *ultrà vires*, s'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire (MM. Nicias Gaillard, *Rev. crit. de jurispr.*, 1852, t. II, p. 344; Demol., *Succ.*, t. III, nos 117 et suiv.; t. V, nos 37-38; *Don. et test.*, t. IV nos 568 et suiv.; Duv.).

succession, et, d'autre part, notre Code lui-même, puisqu'il range le legs parmi les manières d'acquérir la propriété (art. 711).

Est-ce, dans tous les cas, un droit de propriété qu'acquiert le légataire particulier?

Le légataire a donc un droit de *propriété* sur la chose léguée. Toutefois, il n'en est pas toujours ainsi. La propriété ne pouvant exister que sur des choses individuellement déterminées (les genres ne sont point susceptibles d'appropriation individuelle), le legs n'est, par lui-même, *translatif de propriété* que lorsqu'il a pour objet un *corps certain*, c'est-à-dire une chose *individuellement déterminée*, appartenant au testateur, par exemple, sa maison A, son pré de tel endroit, son cheval blanc, le tas de blé qui est dans son grenier. Si le legs a pour objet un *genre*, je veux dire une chose déterminée quant à l'espèce seulement (voy. les nos 1097-1098), par exemple, un cheval, sans le désigner individuellement, tant d'hectares de terre à prendre dans tel département, tant de mesures de blé, le légataire n'acquiert alors qu'une simple *créance*. Un fait nouveau et postérieur à la mort du testateur est alors nécessaire pour opérer la mutation de propriété : ce fait nouveau consiste dans la tradition de la chose léguée par le débiteur du legs (voy., par analogie, les nos 8 et 1126). Dans le premier cas, le légataire est l'ayant-cause du testateur : car c'est de lui directement qu'il tient la propriété de la chose léguée. Dans le second, il est l'ayant-cause du débiteur du legs : car c'est par lui qu'il a été investi de la propriété de la chose, en exécution du legs.

Art. 1014 et 1017.

Quelles actions compètent au légataire particulier? Quelle est la cause de chacune d'elles?

831. — Trois actions compètent au légataire particulier pour obtenir ce qui lui a été légué : 1° *une action en revendication*, quand le legs a pour objet un corps certain dont le testateur était propriétaire ; — 2° *une action personnelle*, l'action *ex testamento*, lorsque la chose n'est déterminée que quant à son espèce ; — 3° dans tous les cas, *une action hypothécaire* sur tous les immeubles de la succession.

La cause productive de l'action *en revendication* se trouve dans le principe que la propriété s'acquiert par l'effet des donations testamentaires (art. 711).

La cause productive de l'action *personnelle* se trouve dans le quasi-contrat qui résulte de l'acceptation de la succession par les héritiers ou successeurs universels : celui qui accepte une succession s'oblige, en effet, personnellement, à l'acquittement des charges dont est grevée l'universalité des biens.

832. — Quant à l'action *hypothécaire*, elle a son principe dans la loi même : l'hypothèque qu'acquiert le légataire est une véritable hypothèque légale.

Quels avantages lui procure l'action hypothécaire?

Cette hypothèque assure au légataire une triple garantie. Elle lui donne :

1° *Un droit de préférence*, c'est-à-dire le droit d'être payé, sur l'argent provenant de la vente des immeubles héréditaires, avant es créanciers personnels des débiteurs du legs (art. 2134) ;

2° *Un droit de suite*, c'est-à-dire le droit de suivre les immeubles partout où ils passent, et de forcer les tiers acquéreurs de payer

le legs, s'ils n'aiment mieux abandonner l'immeuble (art. 2114, 2166 et s.) ;

3° Le droit d'agir *pour le tout* contre celui des débiteurs du legs qui a dans son lot un immeuble héréditaire (art. 1017).

Ce droit d'agir *pour le tout* n'est pas une suite nécessaire et régulière des principes. Logiquement, il est inexplicable.

Aux termes de l'art. 2114, l'hypothèque est *indivisible*. Le créancier auquel elle appartient peut, lors même que la dette s'est divisée par la mort de son débiteur, demander *tout ce qui lui est dû* à celui des héritiers du débiteur qui a dans son lot l'immeuble ou même une portion de l'immeuble hypothéqué. Soient donc une créance hypothécaire de 9,000 fr. et trois héritiers pour égales portions : par action *personnelle*, le créancier ne pourrait demander à chaque héritier que la part dont il est personnellement tenu, 3,000 fr. ; que si, au contraire, il agit par l'action *hypothécaire*, il peut demander *toute la dette*, 9,000 fr., à celui des héritiers qui est détenteur de l'immeuble grevé de l'hypothèque.

Cette théorie de l'*indivisibilité* des hypothèques a été maladroitement appliquée à l'hypothèque du légataire. Soient un legs de 9,000 fr., et trois héritiers pour égales portions : le légataire a-t-il acquis une *seule* créance, une créance *unique* de 9,000 fr. ? Non, évidemment : car l'obligation de payer le legs est *née multiple*. Chaque héritier ne doit personnellement et n'a jamais dû que 3,000 fr. Le légataire a donc acquis, *ab initio*, trois créances distinctes, trois créances de 3,000 fr. chacune. Dès lors, il eût fallu dire : Le légataire a trois hypothèques parce qu'il a trois créances, une hypothèque pour chaque créance. Dans ce système, le légataire aurait eu contre chaque héritier détenteur d'un immeuble de la succession une action hypothécaire pour 3,000 fr.

Mais ce n'est pas ce système qu'ont suivi les rédacteurs du Code. L'action hypothécaire qu'ils accordent est donnée contre chaque héritier détenteur d'un immeuble de la succession, non pas dans la mesure de son obligation personnelle, mais pour sa part et pour celle de ses cohéritiers, c'est-à-dire *pour le tout*. Ils n'ont pas pris garde qu'accorder contre chacun d'eux une action hypothécaire mesurée sur l'action personnelle, ce n'était pas violer le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, *fractionner une hypothèque préexistante*, mais reconnaître plusieurs hypothèques principales et indépendantes. Ils ont cru copier les Institutes de Justinien, où il est dit que les débiteurs d'un legs en sont tenus *hypothécairement* (*Inst.*, § 2 *De leg.*) ; mais Justinien n'ajoute pas qu'ils en sont *tenus pour le tout* : il renvoie à sa Constitution (*Cod.*, *L.* 1 *Comm. de leg.*), où il est, au contraire, positivement dit que l'action hypothécaire ne s'exerce contre chaque héritier que *dans la limite de l'action personnelle* (1).

(1) En droit romain, il y avait une distinction à faire. Voy. M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 718 (2e édit.).

La théorie du Code sur ce point est donc une fausse application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque ; c'est une erreur législative (1).

Art. 1014

Quand le legs est-il acquis ? Quand est-il exigible ? Quand est-il transmissible aux héritiers du légataire ?

833. — II. *De l'acquisition, de l'exigibilité et de la transmissibilité des legs.* — Si le legs est *pur et simple*, le légataire en est investi dès le moment de la mort du testateur, et, dès qu'il est ouvert, il est *exigible* : le légataire peut donc, le jour même de l'ouverture de la succession, former sa demande en délivrance. — C'est aussi à la même époque que le legs devient *transmissible*. Lorsque le légataire meurt avant le testateur, le legs est caduc (art. 1039) : car, étant fait *intuitu personæ*, il ne peut s'ouvrir que dans la personne du légataire. Mais, dès que le légataire en a été investi, n'eût-il survécu qu'un seul instant de raison au testateur, il le transmet, comme tout autre droit, à ses héritiers, quels qu'ils soient.

Ainsi, le legs *pur et simple* est *ouvert*, *exigible* et *transmissible* dès le moment de la mort du testateur.

Le droit né d'un legs conditionnel est-il transmissible comme le droit né d'un contrat conditionnel ? Quelle est la raison de la différence ?

Le *legs conditionnel* est ouvert, exigible et transmissible, non pas au moment de la mort du testateur, mais au moment où la condition se réalise. Le légataire doit, pour l'acquérir, survivre non-seulement au testateur, mais encore à l'événement de la condition : s'il meurt *pendente conditione*, le legs est *caduc* (art. 1040).

Ainsi, en ce qui touche la transmissibilité des legs, les conditions n'ont pas d'effet rétroactif. Il en est autrement en matière de contrats (art. 1179). La raison de cette différence se tire de la nature même des choses. Le testateur ne considère que la personne du légataire, il ne songe nullement aux héritiers de ce dernier : le droit au legs ne peut donc s'ouvrir que dans la personne du légataire. Dans les contrats, au contraire, chacune des parties stipulant pour elle et *pour ses héritiers* (art. 1122), la mort de l'une d'elles ne porte aucune atteinte au contrat.

Quant au *legs à terme*, il est ouvert et, par conséquent, acquis dès le moment de la mort du testateur. Le *terme*, en effet, à la différence de la *condition*, ne suspend point l'*acquisition* du droit ; il ne suspend que son *exigibilité* (art. 1041 et 1185). Il suffit donc, pour l'acquisition du legs à terme, que le légataire survive au testateur : s'il meurt avant l'échéance du terme, le legs, comme tout autre droit acquis, passe à ses héritiers (art. 1041).

Art. 1007 et 1016.

Quelles formalités doit remplir le légataire qui veut obtenir l'exécution d'un legs contenu dans un testament olographe ou mystique ?

Ainsi, le legs à terme est *acquis* et *transmissible* du moment de la mort du testateur ; il n'est *exigible* qu'à l'échéance du terme.

834. — III. *Règles générales sur l'exécution des testaments* (voy. les Form. 322 à 328). — Tout légataire *universel* (saisi ou non), *à titre universel* ou *particulier*, qui veut obtenir l'exécution d'un testament *olographe*, doit, avant toutes choses, le présenter au président du tribunal de première instance du domicile du défunt.

(1) MM. Dem., t. IV, n° 162 ; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 305 ; Val. ; Demol., t. IV, n° 675.

Le président en fait l'ouverture, s'il est cacheté. Il dresse ensuite un procès-verbal, dans lequel il relate : 1° la présentation qui lui a été faite du testament ; 2° son ouverture ; 3° l'état dans lequel il l'a trouvé, indiquant le mot par lequel il commence, celui par lequel il finit, le nombre des lignes, les renvois et ratures qu'il contient.

Lorsque ces formalités sont remplies, le président ordonne que le testament et le procès-verbal qu'il a dressé seront déposés chez un notaire par lui commis.

Quelle est l'utilité de cette procédure ?

Cette procédure est doublement utile : le procès-verbal, qui constate l'état du testament, prévient les fraudes qui pourraient être pratiquées après coup ; le dépôt du testament chez un notaire en assure la conservation et fournit aux personnes qui ont intérêt à l'attaquer le moyen de le consulter.

Tout ce qui vient d'être dit du testament *olographe* s'applique également au testament *mystique*, sauf que la loi désire que son ouverture soit faite en la présence du notaire qui l'a reçu (1) et des témoins signataires de l'acte de suscription qui se trouvent sur les lieux, ou eux dûment appelés (Joignez les art. 916, 918 et 920, C. pr.).

Toute action en justice est refusée aux légataires tant que ces formalités n'ont pas été accomplies.

Pourquoi n'est-elle pas nécessaire lorsque le legs dont on veut obtenir l'exécution est contenu dans un testament *public?*

Il n'en est pas de même lorsque les légataires puisent leur droit dans un *testament authentique*. La présentation du testament au président et sa description sont alors inutiles : car son état est déjà constaté par un officier public, c'est-à-dire par le notaire qui l'a reçu. Il serait également superflu d'en ordonner le dépôt chez un notaire : car celui qui l'a reçu, et chez lequel il est, le conservera aussi fidèlement que tout autre notaire qui serait désigné par le président. — Ainsi, le testament authentique *est exécutoire par lui-même, indépendamment de toutes formalités.*

Les testaments peuvent-ils être exécutés tant qu'ils n'ont pas été enregistrés ?

835. — Les légataires doivent faire *enregistrer* le testament dont ils demandent l'exécution.

Chaque legs peut-il être enregistré *séparément ?*

Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

Chaque legs peut être enregistré *séparément*. Cette disposition est nouvelle. L'enregistrement du testament était autrefois considéré comme *indivisible :* le légataire qui voulait demander son legs devait faire enregistrer le testament *entier* et faire, sauf son recours contre les autres intéressés, l'avance des frais. Mais, cette avance dépassant souvent le montant du legs dont il voulait obtenir l'exécution, il en résultait que le légataire qui n'avait pas assez de fortune pour la faire était obligé d'attendre, pour obtenir son legs, que quelqu'autre légataire eût fait enregistrer le testament. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Le légataire qui fait enregistrer le testament n'est tenu de payer que les frais qui doi-

(1) La loi dit, à tort : *de ceux des notaires* qui l'ont reçu. Les testament mystiques ne sont, en effet, reçus que par *un seul* notaire, assisté de six témoins (art. 976).

vent être définitivement à sa charge. — Cette disposition n'a été introduite qu'en faveur du légataire particulier. Le légataire universel ou à titre universel qui fait enregistrer le testament doit, par conséquent, payer, non-seulement les frais qui doivent rester à sa charge, mais aussi ceux qui doivent être supportés par les autres légataires (voy. la loi du 22 frim. an VII, art. 22, et un avis du Cons. d'Etat du 20 sept. 1808) (M. Val.).

Qui supporte les frais d'enregistrement?

Les droits d'enregistrement sont supportés par les légataires : car ils sont dus pour la mutation de propriété qui s'opère à leur profit. Le testateur peut cependant les mettre à la charge de la succession, pourvu toutefois qu'il n'en résulte point une atteinte à la réserve.

Art. 1004 et 1006.

Les légataires, quels qu'ils soient, n'ont-ils pas la saisine légale de la *propriété* des biens légués? Ont-ils également la saisine de *possession*?

836. — IV. *De la saisine et de la délivrance en matière de legs.* — Tout légataire *universel, à titre universel* ou *particulier*, est *de plein droit*, dès le moment de la mort du testateur, ou de l'événement de la condition, quand le legs est conditionnel, *saisi* de la *propriété* des biens légués (voy. le n° 833). Mais l'est-il également de l'*exercice* des droits qui lui ont été transmis? Peut-il, dès que le legs est ouvert, appréhender de sa propre autorité les biens héréditaires, poursuivre ceux qui les détiennent et répondre aux poursuites qui peuvent être formées contre lui par les créanciers du testateur? Il faut, à cet égard, user de distinctions.

Le légataire *universel* en concours avec des héritiers réservataires ne jouit point du bénéfice de la saisine ; dans l'hypothèse contraire, la saisine lui appartient. Elle n'appartient jamais aux légataires *à titre universel* ou *particulier*. Reprenons séparément chacune de ces hypothèses.

837. — 1° *Légataire universel en concours avec des héritiers réservataires.* — Deux intérêts sont alors en présence : l'intérêt du légataire universel et celui de l'héritier réservataire.

Un intervalle de temps s'écoulera nécessairement entre le jour de l'ouverture de la succession et le moment où les droits du légataire et de l'héritier seront réglés, liquidés par le partage. Pendant que les choses seront ainsi en suspens, il est nécessaire que les biens soient en la possession de quelqu'un : lequel des deux ayant-droit sera le gardien de la succession? lequel des deux sera nanti des biens, sauf à délivrer à l'autre la part qui lui revient? Sera-ce au légataire à venir trouver l'héritier réservataire? Sera-ce au réservataire à venir trouver le légataire, et à lui dire : « Voici mon titre à la succession, vérifiez-le et délivrez-moi la part qu'il m'attribue ; mettez-moi en possession des biens dont elle se compose » ?

Si la saisine est attribuée à l'héritier réservataire, les droits du légataire seront compromis : car le réservataire pourra soustraire des valeurs de la succession et rendre en partie illusoire la libéralité du défunt. Que si, au contraire, on la donne au légataire, c'est alors l'intérêt de l'héritier réservataire qui se trouvera exposé.

Les rédacteurs du Code avaient donc à choisir entre ces deux par-

tis. L'intérêt de l'héritier réservataire a prévalu : c'est à lui qu'est accordée la garde, la possession provisoire, la *saisine* de la succession. Les rédacteurs du Code ont pensé sans doute qu'il était naturel que l'étranger, qui ne devait pas s'attendre à succéder, et dont le titre peut être faux, demandât sa part à celui dont le titre est incontestable ; tandis qu'il serait peu décent que celui qui tient au testateur par un lien de famille fût obligé de réclamer de celui qui le dépouille la modique portion que la loi ne permet pas de lui enlever.

Que doit faire le légataire universel lorsqu'il n'a pas la saisine ?

Ainsi, les légataires universels, quoique saisis de plein droit de la *propriété* des biens, doivent en obtenir *la possession* de l'héritier réservataire : ils doivent, à cet effet, former contre lui une demande en délivrance du legs. Cette demande peut être formée immédiatement, si le testament est *authentique :* car, ainsi que je l'ai dit sous le n° 834, le testament authentique est exécutoire par lui-même. Que si le testament est olographe ou mystique, le légataire doit préalablement remplir les formalités qui ont été exposées au même numéro. Ce n'est qu'après que cette procédure est terminée qu'il peut agir en délivrance.

Par qui sont supportés les frais de la demande en délivrance du legs ?

Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession, sans, néanmoins, qu'il puisse en résulter une réduction de la réserve légale. — Toutefois, je rappelle que les frais d'enregistrement du testament sont supportés par le légataire (voy. le n° 835).

Comment se fait la délivrance ?

La délivrance peut, au reste, être faite à l'amiable. Ainsi, lorsque l'héritier réservataire, après avoir reconnu la validité du testament, consent à exécuter le legs, cette exécution volontaire équivaut à une délivrance obtenue en justice.

Quelles conséquences résultent du principe que le légataire universel en concours avec un héritier réservataire n'a pas la saisine ?

838. — Du principe que le légataire universel, en concours avec des héritiers réservataires, ne jouit pas du bénéfice de la saisine, il suit :

1° Qu'il ne peut pas de sa propre autorité se mettre en possession des biens qui lui reviennent : s'il le faisait, ce serait une voie de fait, pour laquelle l'héritier réservataire pourrait se pourvoir contre lui ;

2° Qu'il ne peut même pas obtenir du juge la délivrance de sa part : il ne peut l'obtenir que sur une demande formée contre l'héritier ;

3° Qu'il ne peut exercer contre les tiers aucune action, ni l'action en revendication contre les tiers détenteurs des choses héréditaires, ni une action personnelle contre les débiteurs du défunt ; et, réciproquement, qu'il ne peut pas être actionné par les créanciers de la succession, tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance de son legs.

Ce système peut se ramener à cette formule : le légataire universel en concours avec un héritier réservataire est, de même qu'un héritier *légitime*, *saisi*, dès le moment de la mort du testateur, ou de l'accomplissement de la condition, quand le legs est

conditionnel, d'un droit de propriété indivise sur tous les biens de la succession ; mais, de même qu'un successeur *irrégulier*, il n'est pas encore saisi de *l'exercice* des droits qu'il vient d'acquérir : c'est la délivrance du legs qui l'autorise à les faire valoir (voy. le n° 36).

839. — 2° *Légataire universel qui n'est pas en concours avec des héritiers réservataires.* — Dans cette hypothèse, le légataire jouit du bénéfice de la saisine légale : il est, dès le jour même de la mort du testateur, saisi activement et passivement de tous les droits actifs et passifs du défunt, et de l'exercice de ces mêmes droits. Il peut, dès cet instant, et sans qu'il ait besoin de remplir aucune formalité, appréhender la succession, se mettre en possession des biens qui la composent, revendiquer ceux qui sont possédés par des tiers et poursuivre les débiteurs héréditaires.

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que le légataire universel qui n'est pas en concours avec des héritiers réservataires a la saisine?

Ces conséquences ne sont-elles pas modifiées par un autre principe?

Ainsi, ne doit-on pas distinguer, à cet égard, si le légataire est muni d'un testament public ou d'un testament olographe ou mystique?

Cette théorie est écrite dans l'art. 1006. Mais l'art. 1008 y apporte une très-grave modification, au cas où le légataire est muni d'un testament *olographe* ou *mystique*.

Lorsque son droit est fondé sur un testament *authentique*, ce testament étant présumé régulier et par lui-même exécutoire, le légataire n'a aucune formalité à remplir (voy. le n° 834). L'art. 1006 reçoit alors toute son application : la saisine est complète.

Il n'en est pas de même lorsqu'il puise son droit dans un testament *olographe* ou *mystique* (voy. le n° 834). Il ne lui est plus permis alors d'appréhender la succession et d'exercer contre les tiers les droits qui lui compètent en sa qualité de légataire : la loi veut qu'il se fasse envoyer préalablement en possession par le président du tribunal de l'ouverture de la succession. A cet effet, et après avoir rempli les formalités qui doivent précéder l'exécution du testament, il présente au président une *requête* tendant à se faire envoyer en possession, et à laquelle est annexé l'acte de dépôt du testament chez le notaire désigné. Le président ordonne, *s'il y a lieu*, l'envoi en possession, par une ordonnance écrite au bas de la requête.

Ne doit-il pas, dans le dernier cas, former une demande en délivrance?

Que doit faire le président saisi de sa demande?

Je dis *s'il y a lieu :* car il est bien évident que le président n'est pas tenu de faire droit à la demande du premier venu ; la loi veut qu'il se livre à un certain examen. L'acte qu'on lui présente a-t-il toutes les apparences d'un testament régulier et valable : qu'il accorde l'envoi en possession ! Découvre-t-il, au contraire, dans l'acte qu'on lui présente, des vices apparents ; reconnaît-il, par exemple, que l'acte qu'on invoque comme testament olographe n'est pas écrit de la même main, ou qu'il n'est pas signé, ou enfin qu'il n'est pas daté : la prudence exige qu'il s'abstienne, sauf au prétendu légataire à se pourvoir devant le tribunal.

Cette procédure a-t-elle un caractère contentieux? s'agit-il d'un *jugement* à rendre?

Notre procédure n'a rien de contentieux : il ne s'agit ni d'un *jugement* à rendre entre les héritiers et le légataire, ni, par conséquent, d'un débat judiciaire et contradictoire à ouvrir entre eux. Le président borne, en effet, son office à examiner les *apparences*, et, quand elles lui paraissent favorables au légataire, à at-

tacher au testament la force exécutoire qui lui manque. Son ordonnance ne fait point dès lors grief aux héritiers ; elle ne leur fait point grief, puisque les questions de savoir si le testament est ou non véritablement valable, si le legs qui y est contenu est ou non véritablement universel, sont réservées et, partant, laissées entières. — De là les conséquences suivantes :

1° Il n'est point nécessaire de mettre en cause les héritiers et d'obtenir, contradictoirement avec eux, l'envoi en possession ;

2° Ils ne peuvent même point intervenir et s'opposer à cet envoi ;

3° L'ordonnance qui le prononce n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel.

Il est bien entendu, au reste, que les héritiers peuvent, d'une part, fournir au président, soit par une lettre, soit verbalement, s'il veut bien les recevoir, tous les renseignements propres à l'éclairer, et, par suite, à l'empêcher de rendre son ordonnance ; d'autre part, requérir, après l'ordonnance rendue, des mesures conservatoires, telles, par exemple, que l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire.

Quelle différence y a-t-il donc entre un légataire qui n'a point la saisine et un légataire saisi, mais qui vient en vertu d'un testament olographe ou mystique ?

840. — Voici donc, en résumé, la différence entre un légataire qui n'a point la saisine et un légataire saisi, mais qui vient en vertu d'un testament olographe ou mystique :

Le premier doit former une *demande* en délivrance *contre les héritiers réservataires*, et, s'ils refusent d'exécuter le legs à l'amiable, obtenir un *jugement* de délivrance. Le second obtient l'envoi en possession sur une simple *requête* et par simple *ordonnance* du président : il n'a pas besoin de former une *demande judiciaire contre les parents du défunt*.

Art. 1011.

Les légataires à titre universel ont-ils quelquefois la saisine ?

Pourquoi ne l'ont-ils pas ?

841. — 3° *Légataires à titre universel.* — La loi ne leur accorde, en aucun cas, le bénéfice de la saisine ; ils n'en jouissent point, lors même qu'ils sont appelés à recueillir une fraction très-considérable de la succession ou même toute la succession. Ainsi, le défunt, qui a laissé un frère, a-t-il légué à *Primus* les 19/20 de ses biens : le frère, qui ne doit conserver qu'une fraction très-minime, est saisi de la succession entière : c'est lui qui doit délivrer au légataire les 19/20 que celui-ci est appelé à recueillir. Allons plus loin ! Le testateur a-t-il légué une moitié de ses biens à *Primus*, l'autre à *Secundus* ; le frère du *de cujus*, à qui rien ne doit rester de la succession, est saisi de tous les biens qui la composent : c'est à lui que les légataires, qui ont droit à toute la succession, doivent demander la délivrance de leurs legs.

Contre qui forment-ils leur demande en délivrance ?

Les légataires à titre universel, étant, dans toutes les hypothèses possibles, privés de la saisine, doivent toujours demander la délivrance de leur legs. Ils la demandent à ceux qui sont saisis de la succession, c'est-à-dire aux héritiers réservataires du défunt ; à leur défaut, au légataire universel ; à son défaut, aux héritiers appelés dans l'ordre de la succession.

Contre qui la for-

Le défunt a laissé un héritier réservataire, un légataire uni-

versel et un légataire à titre universel : contre qui ce dernier formera-t-il sa demande en délivrance ? On distingue. Elle sera formée contre le légataire universel et contre lui seulement, *s'il est déjà en possession de son legs :* car alors il sera seul saisi de la succession, et il est seul débiteur du legs à titre universel. Dans l'hypothèse contraire, elle devra l'être tout à la fois contre l'héritier réservataire, puisque c'est lui qui possède les biens qui doivent être délivrés, et contre le légataire universel, puisque, en définitive, c'est lui qui, en sa qualité de débiteur du legs, sentira l'effet de la délivrance qui en sera faite (1).

ment-ils, lorsqu'ils sont en concours avec un héritier réservataire et un légataire universel ?

Le défunt a laissé un successeur irrégulier, par exemple, un enfant naturel, et un légataire à titre universel : contre qui ce dernier formera-t-il sa demande en délivrance ? On distingue : contre l'enfant naturel, s'il a déjà obtenu l'envoi en possession (art. 770), et, dans le cas contraire, contre un curateur qu'il fera nommer à la succession (2).

Contre qui, lorsqu'ils sont en concours avec un enfant naturel ?

842. — 4° *Légataires particuliers.* — Ils n'ont jamais la saisine : en conséquence, ils doivent, dans tous les cas, former une demande en délivrance. Ils la forment contre ceux qui sont saisis de la masse de biens qui est grevée de l'acquittement du legs (voy. le n° 841).

Contre qui les légataires particuliers forment-ils leur demande en délivrance ?

Art. 1005.

843. — V. *Du moment à partir duquel les légataires ont droit aux intérêts des sommes et aux fruits des choses léguées.*

De quel jour le légataire universel qui n'est point saisi a-t-il droit aux intérêts des sommes et aux fruits des choses léguées ?

1° *Légataires universels en concours avec des héritiers réservataires.* — La loi distingue. Les légataires ont droit aux fruits et aux intérêts, à compter *du jour du décès du testateur*, si, dans l'année, à compter de la même époque, ils ont formé leur demande en délivrance. Dans le cas contraire, les fruits et les intérêts ne leur sont dus qu'à compter *de leur demande en délivrance*, ou du jour que la délivrance leur a été volontairement consentie.

Art. 1014 et 1015.

844. — 2° *Légataires particuliers.* — En principe, ils n'ont droit aux fruits et aux intérêts qu'à compter de leur demande en délivrance, *lors même qu'elle est formée dans l'année du décès du testateur.*

De quel jour le légataire particulier a-t-il droit aux fruits et intérêts ?

Par exception, les fruits et intérêts leur sont dus, *quelle que soit la date de leur demande en délivrance, à compter du jour du décès du testateur*, dans les cas suivants :

1° Lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans son testament ;

2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée *à titre d'aliments.* La nature même de ce legs fait présumer que le testateur a voulu que le légataire bénéficiât immédiatement du secours qu'il en doit retirer.

Aux deux exceptions expressément prévues par le Code, on

(1) MM. Val.; Dem., et Colm. de S., t. IV, n° 154 *bis*, I; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 160; Demol., t. IV, n° 591.

(2) MM. Dur., t. IX, n° 209; Val.; Marc., art. 1011; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 160; Demol., t. IV, n° 593.

peut, je crois, en ajouter une troisième qui résulte de la nature même des choses. Supposons, en effet, qu'un créancier lègue à son débiteur l'extinction de sa dette : ce legs, appelé *legs de libération*, produira son effet, quant au *capital* de la dette, du jour même de la mort du testateur ; or, si le débiteur a cessé, dès ce jour, d'être débiteur du *capital* qui faisait l'objet de sa dette, comment le serait-il encore quant aux *intérêts* à échoir (1) ?

De quel jour le légataire à titre universel a-t-il droit aux fruits ?

Faut-il, à cet égard, l'assimiler au légataire universel ou au légataire particulier ?

845.—3° *Légataires à titre universel.*—De quel jour ont-ils droit aux fruits ? Le Code ne le dit point. De là des controverses : faut-il, quant à l'acquisition des fruits, les traiter comme les légataires universels, ou les assimiler aux légataires particuliers ?

PREMIER SYSTÈME. *Le légataire à titre universel, de même que le légataire universel, a droit aux fruits, du jour même de l'ouverture de la succession, s'il forme sa demande dans l'année.* — Une universalité s'augmente de tout ce qu'elle produit : *fructus augent hereditatem.* Or, lorsqu'une unité augmente, chacune de ses fractions augmente également. Le légataire universel, en concours avec un héritier réservataire, a droit à une quote-part de cette universalité : il a donc, par là même, droit à une fraction des fruits dont l'universalité s'est accrue. La même théorie doit s'appliquer au légataire à titre universel : car ce qui est vrai de l'universalité l'est également de chacune de ses fractions.

Dans ce système, tout s'explique rationnellement. Les légataires universels ou à titre universel ont droit à une portion des fruits perçus depuis la mort du testateur, parce qu'ils ont droit à une portion de l'universalité dans laquelle ces fruits sont confondus. Toutefois, s'ils restent dans l'inaction pendant plus d'un an, leur silence pouvant faire croire à l'héritier qui est saisi qu'il n'a point de cosuccesseurs, qu'il est seul appelé, tous les fruits lui appartiennent, parce qu'alors il possède de bonne foi la succession qui les produit. Quant au légataire particulier, s'il n'a droit aux fruits qu'à compter de sa demande, c'est qu'il n'a droit à aucune fraction de l'universalité dans laquelle sont tombés les fruits perçus antérieurement (2).

DEUXIÈME SYSTÈME. *Le légataire à titre universel, de même qu'un légataire particulier, n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance du legs.* — La règle *fructus augent hereditatem* n'a plus d'application dans notre droit. Cela résulte très-clairement de l'art. 138. Qu'y voyons-nous, en effet ? Que l'héré-

(1) MM. Val.; Colm. de S., t. IV, n° 158 *bis*, V.

(2) MM. Val.; Colm. de S., t. IV, n° 154 *bis*, II; Dur., t. IX, nos 192, 211 et 272 ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 161 ; Demol., t. IV, nos 595-598. — Toutefois, M. Duranton croit devoir apporter une restriction à son système. Il assimile au légataire particulier le légataire à titre universel *de tous ou d'une quote part de tous les immeubles*. Ce légataire ne peut pas, dit-il, invoquer la règle *fructus augent hereditatem* : car une universalité d'*immeubles* ne s'accroît pas des *fruits* qu'elle produit, ces fruits devenant *meubles* dès qu'ils sont perçus.

dité, l'universalité des biens, est traitée de la même manière qu'un objet individuel ! Est-elle possédée de bonne foi, le tiers qui la possède gagne tous les fruits. Est-elle possédée de mauvaise foi, tous les fruits qu'elle a produits doivent être restitués au véritable héritier qui la revendique. Laissons donc la règle *fructus augent hereditatem*. D'autres motifs ont déterminé le législateur.

Les héritiers légitimes qui sont *saisis* de la succession *la possèdent de bonne foi*, puisqu'ils la possèdent *en vertu de la loi*. Les légataires, dit Pothier, n'acquièrent la *possession* des choses léguées que par la délivrance qui leur en est faite ; jusque-là l'héritier qui est saisi est le *juste possesseur* des choses léguées.

Possesseurs de bonne foi, les héritiers gagnent en cette qualité tous les fruits provenant de la succession ; l'acquisition des fruits est un bénéfice de la saisine, de la possession légale et légitime de la succession. C'est encore l'avis de Pothier : « Le légataire, dit-il, ne peut prétendre que les fruits qui ont été perçus depuis sa demande en délivrance du legs : car, *quoiqu'il soit propriétaire de la chose léguée* dès l'instant de la mort du testateur, l'héritier, qui ne sait pas si le légataire acceptera ou non le legs, est *juste possesseur* de la chose léguée jusqu'au moment de la demande, et a droit, en cette qualité, de faire siens les fruits qu'il perçoit. »

Les légataires particuliers n'ont point la saisine des choses qui leur sont léguées ; ces choses sont possédées et possédées de bonne foi par les héritiers saisis : de là la règle que les légataires particuliers n'ont droit aux fruits qu'à compter de leur demande en délivrance des choses qui leur appartiennent.

S'il en est autrement quant aux légataires universels en concours avec un héritier réservataire, cela tient à une considération qui leur est toute personnelle. La question de savoir si la *saisine de la succession* appartiendrait au légataire universel ou à l'héritier réservataire souleva de très-vives controverses au Conseil d'État. L'héritier réservataire fut préféré ; mais, par une espèce de transaction, et afin de satisfaire tous les partis, on crut devoir accorder une fiche de consolation au légataire universel. Il n'aura pas, dit-on, la *saisine :* il devra s'adresser à l'héritier réservataire pour en obtenir la délivrance de son legs. Mais il n'en résultera pour lui aucun préjudice, s'il est diligent : les fruits lui seront dus à compter du décès du testateur, pourvu qu'il ait le soin de former sa demande dans l'année.

Dans ce système, le légataire à titre universel doit être assimilé au légataire particulier : car le bénéfice que la loi accorde au légataire universel est une dérogation au principe que les fruits produits soit par une chose individuelle, soit par une universalité, appartiennent à celui qui la possède de bonne foi (1).

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 303 ; Duv.; Marc., art. 1005 à 1011.

§ IV. — *Du paiement des dettes et des legs particuliers par les légataires universels ou à titre universel.*

Art. 1009, 1023 et 1024.

Avec quels biens paie-t-on les *dettes* du défunt ? Sur quels biens se paient les *legs* ?

847. — La masse de biens, l'unité, destinée au paiement *des dettes*, c'est la *succession tout entière*. La masse de biens, l'unité, destinée au paiement *des legs particuliers*, c'est la *portion disponible* : la portion *réservée* ne contribue point, en effet, à l'acquittement des *legs* (1). Quiconque recueille *toute la succession* paie toutes les *dettes*. Quiconque recueille *toute la portion disponible* paie tous les *legs particuliers*. Le légataire d'une fraction de *la succession* paie une fraction correspondante *des dettes*. Le légataire d'une fraction du *disponible* paie une portion correspondante des *legs particuliers*.

Dans quelle proportion le légataire universel contribue-t-il au paiement des dettes ? Paie-t-il tous les legs particuliers ? Les paie-t-il *tous*, et chacun *en totalité* ? Ne peut-il pas se faire que le légataire universel ne retienne rien de la succession, tandis que les légataires particuliers seront payés ? Quel est le cas où il est sûr d'avoir quelque chose ? Il peut donc avoir intérêt à se trouver en concours avec un héritier réservataire ?

Ainsi, le légataire universel vient-il seul : il paie toutes les *dettes* et tous les *legs*, parce qu'il recueille toute la succession. Vient-il en concours, soit avec d'autres légataires universels, soit avec un légataire à titre universel : il ne paie dans les dettes et dans les legs particuliers qu'une portion correspondante à la portion active qu'il conserve (2). Se trouve-t-il en concours avec des héritiers réservataires : il paie la moitié, le tiers ou le quart des *dettes*, suivant qu'il conserve la moitié, le tiers ou le quart de la succession (voy. les nos 437 et suiv.); quant aux *legs particuliers*, il les paie tous, parce qu'il a en totalité l'unité destinée à les payer, *le disponible*.

848. — Ici se place une question que fait naître l'amphibologie des termes de l'art. 1009. Cet article est ainsi conçu : « Le légataire universel en concours avec un héritier réservataire... est tenu d'acquitter *tous* les legs, *sauf le cas de réduction*, ainsi qu'il est dit aux art. 926 et 927. » Cette disposition semble annoncer deux idées contradictoires : 1° le légataire universel paie les *legs* particuliers *en totalité* ; 2° cependant il ne les paie pas en totalité, car, aux termes de l'art. 926, et lorsque le testateur a dépassé la quotité disponible, la réserve se prend proportionnellement, tant sur les legs particuliers que sur les legs universels.

Il y a donc là une équivoque. Voici, je crois, sur ce point, la véritable pensée de la loi :

L'art. 1009 consacre deux théories, l'une relative au paiement *des dettes*, l'autre au paiement *des legs particuliers*. Les *dettes* doivent être payées par le légataire universel et par l'héritier réservataire, *proportionnellement à la portion que chacun d'eux recueille*. Quant aux *legs* particuliers, le légataire universel les paie *tous* ; mais le mot *tous* est-il synonyme du mot *intégralement* ? Non, évidemment : car, aux termes de l'art. 926, auquel il renvoie, la ré-

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 295.

(2) Je rappelle que celui des débiteurs du legs qui a dans son lot un immeuble de la succession en est tenu *hypothécairement pour le tout*, sauf son recours contre ses codébiteurs (voy. le n° 832, 3°).

duction doit être supportée, non pas par le légataire universel *seul*, mais *proportionnellement* par chacun des légataires universels et particuliers. Le mot *tous*, dont la loi se sert dans notre article, s'explique par l'espèce d'antithèse qu'elle a voulu faire entre les *dettes* et les *legs* particuliers. Les *dettes* sont payées *proportionnellement* par le légataire universel et par l'héritier à réserve. Il n'en est plus de même des *legs*, il n'y a plus de *proportion* à établir entre l'héritier réservataire et le légataire universel : c'est ce dernier qui les paiera *tous*, c'est-à-dire qui sera *seul* chargé de les payer, qui devra *tout ce qu'il y aura à payer*. Mais les paiera-t-il intégralement? leur fera-t-il subir une réduction? La loi renvoie à cet égard aux art. 926 et 927 : il leur fera subir une réduction dans l'hypothèse de l'art. 926; il les paiera intégralement dans l'hypothèse spéciale de l'art. 927 (1).

849. — En résumé, les légataires universels *qui ne concourent point avec des héritiers réservataires* paient intégralement tous les legs particuliers, dût leur acquittement absorber la succession tout entière. Le Code n'a pas maintenu la loi *Falcidie*, en vertu de laquelle l'héritier testamentaire était autorisé à ne payer les legs que jusqu'à concurrence des trois quarts de la succession. Dans ce système, l'héritier était toujours sûr d'avoir au moins le quart des biens. Dans le système du Code, il se peut que le légataire universel n'ait rien, qu'il ne soit en réalité qu'un exécuteur testamentaire.

Les légataires universels *qui concourent avec un héritier réservataire* sont toujours sûrs, sauf l'hypothèse prévue par l'art. 927, d'avoir quelque chose, puisque la réserve se prélève au marc le franc sur tous les legs, tant particuliers qu'universels.

Dans quelle proportion les légataires à titre universel contribuent-ils au paiement des *dettes*?

Comment détermine-t-on leur part contributoire lorsque leur legs ne consiste point dans une quote-part de tous les biens?

850. — Les légataires à titre universel paient, dans tous les cas, *les dettes* en proportion *de la portion de succession* qu'ils recueillent. Lorsque cette portion ne consiste point dans une quote-part, le tiers, le quart... de tous les biens, je veux dire lorsque le testateur a légué soit tous ses immeubles, soit tous ses meubles (art. 1010), on détermine la fraction de succession que les légataires recueillent, en comparant la valeur des biens compris dans leur legs à la valeur de tous les biens. Soit une succession de 100,000 fr., composée d'immeubles valant 80,000 fr. et de meubles valant 20,000. Le testateur a-t-il légué tous ses immeubles : le légataire prend 80,000 fr. sur 100,000, c'est-à-dire les 4/5 de la succession : il paiera les 4/5 des dettes. A-t-il légué tous ses meubles : le légataire recueille 20,000 fr. sur 100,000, c'est-à-dire 1/5 de la succession : il paiera 1/5 des dettes.

Dans quelle proportion contribuent-ils au paiement des *legs* particuliers, lorsqu'ils concourent avec des

851. — Quant au paiement des *legs particuliers*, la loi distingue :

1° Le légataire à titre universel vient-il en concours avec un héritier non réservataire : il y contribue en proportion de ce qu'il

(1) MM. Bug.; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 171; Demol., t. IV, nos 552-554. — Voy., en des sens divers et opposés, MM. Marc., art. 926; Vernet, p. 476; Colm. de S., t. IV, n° 152 *bis*, XIII et XIV.

héritiers non réservataires ? *Quid*, lorsqu'ils concourent avec des héritiers réservataires ? Ne faut-il pas, dans ce dernier cas, distinguer s'ils absorbent *tout* le disponible ou s'ils n'en prennent qu'une *partie?*

prend dans l'entière succession. Soit un légataire d'*un quart* en concours avec un frère : le légataire paiera *un quart* des legs ; les *trois autres quarts* resteront à la charge du frère.

2° Concourt-il avec un héritier réservataire : la loi sous-distingue :

S'il absorbe *tout le disponible*, il paie *seul tous* les legs. Il les paie *tous*, parce que, en ce cas, l'unité destinée à les acquitter est tout entière entre ses mains (voy. le n° 847).

S'il ne recueille *qu'une portion du disponible*, l'autre portion restant jointe à la réserve aux mains du réservataire, chacun d'eux doit alors, comme dans la première hypothèse, contribuer au paiement des legs. Chacun d'eux y doit contribuer, puisqu'ils prennent l'un et l'autre une portion de l'unité destinée à les acquitter. Mais, au lieu de les payer, comme dans l'hypothèse rappelée, proportionnellement aux parts qu'ils recueillent *dans l'entière succession*, chacun d'eux ne les supporte qu'en proportion de la part qu'il prend *dans le disponible*. La réserve ne doit pas, en effet, être comptée : elle ne doit pas l'être, car, selon ce que nous avons dit, *le disponible* peut *seul être grevé des legs* (voy. le n° 847). Ainsi, qu'on suppose un fils et un légataire pour *un quart :* le fils, quoiqu'il ait *les trois quarts de la succession*, ne paiera qu'*une moitié* des legs (1).

Ne peuvent-ils pas, dans certains cas, être actionnés *pour le tout?* N'ont-ils pas alors un recours? L'ont-ils toujours ?

852. — Dans certains cas, les légataires universels ou à titre universel peuvent être actionnés *pour le tout*, sauf leur recours contre ceux qui doivent contribuer avec eux au paiement de la dette ou du legs qui fait l'objet de la poursuite (voy. le n° 446). Il se peut même qu'un légataire à titre universel soit tenu *pour le tout* d'un legs particulier et qu'il n'ait aucun recours à exercer contre ses cosuccesseurs universels : ce cas se présente toutes les fois qu'après avoir légué soit *tous mes immeubles*, soit *tous mes meubles*, je lègue à un second légataire tels ou tels objets déterminés, faisant partie de la masse dont j'ai gratifié le premier légataire. J'ai légué *tous mes immeubles à Pierre*, et ma maison à *Paul* : le second legs étant une charge du premier, *Pierre*, le légataire de tous les immeubles, le supportera seul.

Art. 1024.

Pourquoi les légataires particuliers ne contribuent-ils point

853. — Les légataires particuliers ne contribuent point au paiement des dettes (voy., sous les n^os^ 433 et 435, le motif de cette

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 295 ; Marc., art. 1013 ; Colm. de S., t. IV, n° 156 *bis*. — Dans un autre système, qui aujourd'hui paraît prévaloir, on soutient que l'héritier réservataire doit contribuer au paiement des legs, non point seulement jusqu'à concurrence de sa part *dans le disponible*, mais proportionnellement à ce qu'il prend *dans la succession tout entière*. Dans l'espèce, en effet, il recueille dans la succession une part plus forte que sa réserve ; or, quand la réserve n'est point entamée, l'héritier *ab intestat* ne saurait l'invoquer en aucune manière. Il n'y a point en lui deux personnes distinctes, un réservataire et un héritier pour une portion du disponible ; il n'y en a qu'une, à savoir, *un héritier ab intestat* (MM. Dur., t. IX, n° 222 ; Dupret, *Rev. de droit français et étranger*, 1845, t. II ; Zach., Aubry et Rau, t. IV, p. 177 ; Demol., t. IV, n° 606).

disposition, et en quel sens elle doit être entendue). Toutefois, ceux qui ont reçu un immeuble affecté par hypothèque au paiement d'une dette de la succession peuvent être actionnés par le créancier hypothécaire, sauf leur recours contre les successeurs universels (voy. le n° 434).

au paiement des dettes?

Ne peuvent-ils pas quelquefois être actionnés par un créancier du défunt, sauf leur recours?

Remarquons, enfin, que dans certains cas les légataires particuliers se trouveront chargés, et sans aucun recours contre les successeurs universels, du paiement d'autres legs particuliers. Ainsi, personne ne doute qu'ils ne soient obligés de payer les legs que le testateur a mis expressément à leur charge. Cette intention du testateur résultera quelquefois de la nature même des dispositions. Qu'on suppose, en effet, que le testateur ait légué à *Pierre* sa bibliothèque, et à *Paul* tels ou tels livres déterminés, faisant partie de sa bibliothèque : le second legs est une charge du premier : *Pierre* devra, par conséquent, l'exécuter.

Ne sont-ils pas, dans certains cas, obligés de payer, et sans recours contre personne, un autre legs particulier?

§ V. — *Des différences qui existent entre les legs universels, à titre universel, et particuliers.*

Quelles différences y a-t-il entre les legs universels, à titre universel, et particuliers?

854. — I. Entre les légataires universels et les légataires à titre universel, il y a cette triple différence :

1° La saisine appartient aux premiers lorsque le défunt n'a point laissé d'héritiers réservataires, tandis que les seconds n'en jouissent jamais (voy. les nos 839 et 841) ;

2° Chacun des légataires universels a *vocation au tout*, en sorte que, si l'un d'eux reste seul, la succession tout entière lui appartient, tandis que chacun des légataires à titre universel n'a toujours vocation qu'à la fraction qui lui a été léguée, ce qui fait qu'il ne profite point de la caducité des autres legs à titre universel (voy. les nos 815 et 816) ;

3° Les fruits sont dus au légataire universel à compter du jour de l'ouverture de la succession, lorsqu'il forme sa demande dans l'année, tandis qu'ils ne sont dus, dans tous les cas, au légataire à titre universel qu'à compter de sa demande en justice (voy. les nos 843 et s.).

855. — Trois différences existent également entre les légataires universels et les légataires particuliers :

1° Les premiers ont la saisine quand ils ne concourent point avec des héritiers réservataires ; les seconds ne l'ont jamais (voy. les nos 839 et 842) ;

2° Les fruits, qui sont dus aux légataires universels du jour de l'ouverture de la succession quand ils forment leur demande dans l'année, ne le sont aux légataires particuliers qu'à compter de leur demande, lors même qu'ils la forment dans l'année (voy. les nos 843 et 844) ;

3° Les uns contribuent au paiement des dettes ; les autres n'y contribuent point (voy. les nos 847 et 853).

Voy. une 4e différence sous le n° 835.

Il n'existe qu'une seule différence entre les legs à titre universel et les legs particuliers : les premiers contribuent au paiement des dettes, les seconds n'y contribuent point.

Art. 1018, 1019 et 1020.

§ VI. — *Dispositions interprétatives de la volonté du testateur sur l'étendue du legs.*

Les accessoires de la chose léguée sont-ils tacitement compris dans le legs?

856. — *La chose léguée doit être délivrée avec tous ses accessoires nécessaires.* — La loi suppose que le testateur a entendu comprendre dans le legs toutes les choses qui sont comme le complément de l'objet principalement légué : ainsi le legs d'une fabrique comprend tous les ustensiles qui servent à son exploitation.

La règle que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur est-elle bien exacte?

Elle doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur. — Cette proposition est inexacte dans sa forme. Prise à la lettre, elle conduirait à cette conséquence, que les améliorations ou détériorations survenues, même par cas fortuit, dans la chose léguée, *depuis la mort du testateur*, sont étrangères au légataire ; or, telle n'est pas la pensée de la loi. Les changements que subit la chose léguée, après l'ouverture de la succession, profitent au légataire ou sont à sa charge *lorsqu'ils proviennent de cas fortuits*. Quant aux améliorations ou détériorations qui proviennent du fait de l'héritier, le légataire n'en profite ou ne les supporte qu'à la charge, dans le premier cas, d'indemniser l'héritier de ses dépenses, et sauf, dans le second, l'indemnité que lui doit payer l'héritier (art. 1245). L'article que nous étudions s'occupe uniquement des événements *antérieurs* à la mort du testateur : ces événements, soit qu'ils proviennent d'un cas fortuit, soit qu'ils proviennent d'un fait du testateur, profitent au légataire ou sont à sa charge.

Quid, si la chose léguée a reçu des améliorations ou subi des détériorations *depuis la mort du testateur*?

Quid, si elle a reçu des améliorations ou subi des détériorations *du vivant du testateur*?

Le légataire d'un *enclos* a-t-il droit au terrain que le testateur y a compris depuis la confection du testament?

La loi fait elle-même l'application de cette théorie lorsqu'elle décide que les embellissements ou les constructions nouvelles faits par le testateur, sur la chose léguée, font partie du legs. C'est encore par une application du même principe qu'elle attribue au légataire *d'un enclos* les terrains que le testateur y a compris, postérieurement à la confection du testament.

Le testateur qui a légué un immeuble est-il réputé avoir compris dans le legs les terrains ou bâtiments qu'il a acquis depuis son testament et qui sont *voisins* ou *contigus* à l'immeuble légué?

Mais le testateur qui a légué un immeuble n'est pas réputé avoir compris dans ce legs les terrains ou bâtiments dont il a, depuis la confection du testament, fait l'acquisition, encore que ces terrains ou bâtiments soient *voisins* ou *contigus* de l'immeuble légué. Ainsi, après avoir légué mon jardin, j'ai fait l'acquisition d'un terrain qui l'avoisine : ce terrain est-il compris dans le legs? Oui, si j'ai abattu le mur du jardin que je vous ai légué et si je l'ai reporté au-delà des terrains nouvellement acquis : c'est alors l'hypothèse d'un *enclos* dont le testateur a augmenté l'enceinte. Non, si j'ai laissé les choses dans l'état où elles étaient, si je n'ai pas compris dans l'enclos du jardin le petit terrain dont j'ai fait l'acquisition.

— Nous rencontrons ici deux questions :

Le testateur qui a légué un *domaine* est-il censé avoir compris dans le legs le champ dont il a fait l'acquisition postérieurement à la confection de son testament, et qu'il a ajouté à son domaine?

857. — 1° Le testateur qui a légué un *domaine*, une *ferme*, est-il censé avoir compris dans le legs le champ dont il a fait l'acquisition postérieurement à la confection de son testament et qu'il a ajouté à son domaine?

La jurisprudence tient la négative. Elle se fonde sur l'art. 1019, aux termes duquel les biens nouvellement acquis ne sont point compris dans le legs, lors même qu'ils sont contigus à l'immeuble légué.

Je crois, quant à moi, que la loi ne prévoit pas notre hypothèse. La loi suppose, non pas le legs d'un *domaine*, d'une *métairie*, c'est-à-dire de plusieurs immeubles réunis sous une dénomination commune, mais le legs d'un *immeuble*, d'une maison, d'un jardin. Lorsque *Paul* lègue un jardin et qu'il en acquiert un autre à côté, je conçois qu'on dise que le terrain nouvellement acquis n'est pas compris dans le legs; mais, lorsque *Paul* a légué son domaine, ce qu'il a voulu donner, c'est évidemment son domaine tel qu'il sera au moment de son décès. Je dis d'un *domaine* ce que je dirais d'un troupeau : car le domaine, comme un troupeau, est une unité collective, une réunion de choses individuelles, une espèce d'universalité qui ne change point avec les choses individuelles qui la composent. Ainsi, de même que le testateur qui a légué un troupeau est censé comprendre dans le legs qu'il a fait les nouvelles têtes d'animaux dont il a augmenté son troupeau, de même le testateur qui a légué un *domaine* doit être réputé avoir compris dans le legs les nouveaux biens qu'il a acquis par achat ou par échange pour arrondir et compléter son domaine (1).

Le testateur qui, depuis la confection de son testament, a construit un bâtiment sur le fonds légué est-il censé avoir compris dans le legs la construction qu'il a faite?

La question est-elle douteuse lorsque le bâtiment ne couvre qu'une très-faible partie du fonds qui a été légué?

858. — 2° Le testateur qui a légué un terrain, un jardin, par exemple, et qui ensuite a construit un bâtiment, une maison, sur le fonds légué, doit-il être censé avoir compris dans le legs la construction qu'il a faite? L'art. 1019 ne prévoit pas ce cas. Il y est bien question de constructions, mais de constructions *nouvelles*, ce qui suppose l'existence d'une première construction à laquelle on ajoute une autre construction. Notre question peut donc être controversée.

On soutient, dans un premier système, que la construction d'une maison sur le jardin opère la *destruction juridique* du jardin, ce qui entraîne la caducité du legs, aux termes de l'art. 1042. Le legs est caduc : car, dit-on, ce qui a été légué, c'est un *jardin*, et le *jardin* n'existe plus.

Je n'admets pas cet argument; il nous conduirait trop loin. Et, en effet, s'il était vrai que la chose léguée doit être considérée comme détruite lorsque sa forme accidentelle est changée, il faudrait alors aller jusqu'à dire que le legs d'un *vignoble* est caduc lorsque le testateur a fait de son vignoble des *terres labourables*, ou réciproquement; que le legs d'une *maison* l'est également

(1) MM. Bug., *sur Poth*, t. VIII, p. 300; Demol., t. IV, n° 720.

lorsque le testateur, ayant démoli sa maison, a fait du sol un jardin... Or, personne, que je sache, n'admettrait une semblable solution.

Si je ne me trompe, l'esprit de la loi est de considérer comme étant compris dans le legs les biens que le testateur a unis à la chose léguée par une union réelle. C'est ainsi que les terrains qu'il renferme dans *l'enclos* qu'il a légué sont réputés compris dans le legs, encore qu'ils soient trois et quatre fois plus grands que l'enclos lui-même. A bien plus forte raison, doit-il en être de même de la maison construite sur l'enclos. — Je reconnais toutefois que cette théorie doit être subordonnée aux circonstances particulières de la cause (1).

Il est bien entendu, au reste, que nous raisonnons dans l'hypothèse où la construction couvre entièrement ou à peu près le terrain qui fait l'objet du legs. Ainsi, personne ne doute que le pavillon que j'ai construit dans le jardin, que les granges que j'ai construites sur le domaine que je vous ai précédemment légué, ne soient compris dans le legs : ces choses ne sont, en effet, que *des accessoires* de la chose léguée.

Lorsque l'immeuble légué est grevé d'un droit d'usufruit ou d'hypothèque dans quel état doit il être

859. — Nous trouvons dans l'art. 1020 une autre application du principe que la chose doit être délivrée *dans l'état où elle se trouve au moment du décès du testateur*. Je vous ai légué un immeuble, grevé soit d'un droit d'usufruit, soit d'une hypothèque...; ou bien encore (les deux espèces n'en font qu'une) j'ai, depuis la confection de mon testament, consenti sur l'immeuble que je vous ai légué soit un droit d'usufruit, soit une hypothèque : mon héritier sera quitte envers vous en vous livrant l'immeuble dans l'état où il se trouve à mon décès, c'est-à-dire grevé du droit d'usufruit ou d'hypothèque. Vous ne pouvez pas exiger de lui qu'avant de vous le livrer il l'affranchisse des charges qui le grèvent. Vous subirez donc l'usufruit jusqu'à son extinction. Peut-être subirez-vous aussi l'exercice de l'hypothèque : car tout tiers détenteur d'un bien hypothéqué est soumis à l'action hypothécaire du créancier; mais alors, soit que vous conserviez l'immeuble, en payant de vos deniers le créancier hypothécaire, soit que vous en subissiez l'expropriation, vous pourrez recourir, pour vous faire rembourser ce que vous avez payé ou la valeur de l'immeuble, contre les successeurs universels (voy. le n° 434).

Quid dans ce cas, si le légataire paie la dette au paiement de laquelle l'immeuble légué est hypothéqué?

Le testateur ne peut-il pas imposer à son héritier l'obligation de livrer l'immeuble affranchi de l'usufruit ou de l'hypothèque dont il est grevé?

Que doit faire alors le débiteur du legs?

860. — La loi permet au testateur qui lègue un immeuble grevé d'un droit d'usufruit ou d'hypothèque d'imposer au débiteur du legs l'obligation d'affranchir l'immeuble des charges qui le grèvent, avant d'en faire la délivrance au légataire. Dans cette hypothèse, le débiteur du legs doit s'entendre avec l'usufruitier ou le créancier hypothécaire, à l'effet d'éteindre l'usufruit ou l'hypothèque, ou, s'il n'y réussit pas, payer au légataire une somme repré-

(1) MM. Delv., t. II, p. 99; Toull., t. III, no 534; Dur., t. IX, n° 207; Val.; Demol., t. IV, n° 714. — *Contrà*, Marc., art. 1019.

sentative du gain que ce dernier aurait retiré de l'extinction de l'usufruit ou de l'hypothèque.

Art. 1021.

Le legs de la chose d'autrui était-il, en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, *nul* ou *valable*?

Quid, sous le Code?

861. — En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, le legs de *la chose d'autrui* était nul quand le testateur avait légué la chose d'autrui *la croyant sienne*; il était valable, au contraire, lorsqu'il l'avait léguée *sciemment*, sachant bien qu'elle ne lui appartenait pas. Dans cette dernière hypothèse, l'héritier devait, en s'entendant à cet effet avec le propriétaire, acquérir la propriété de la chose léguée et la délivrer au légataire, ou, s'il n'y réussissait pas, lui en payer l'estimation (1). Cette théorie, si rationnelle en droit, avait, dans l'application, des inconvénients fort graves : car la question de savoir si le testateur, en léguant la chose d'autrui, avait ou non agi en connaissance de cause, était pleine de difficultés. Le Code a voulu tarir cette source de procès : de là la règle que *le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait eu, soit qu'il n'ait pas eu connaissance que la chose léguée ne lui appartenait pas.*

Le legs de la chose d'autrui est-il toujours nul?

Quid, si le testateur a dit : Je veux que mon héritier achète la maison de *Titius*, afin qu'il la livre à *Paul*, ou s'il ne peut pas l'acquérir, qu'il lui en donne l'estimation?

Quid, s'il a dit : Je lègue à *Paul* la maison de *Titius*?

862. — Toutefois, cette proposition n'est pas aussi absolue qu'elle paraît l'être. Il faut, pour en comprendre la portée et l'étendue, considérer le but dans lequel elle a été introduite. La loi, on le sait, a voulu *prévenir les procès* auxquels donnait lieu la question de savoir si le testateur avait su, en léguant la chose d'autrui, qu'elle ne lui appartenait pas. J'en conclus que le legs de la chose d'autrui est valable toutes les fois que, d'après les termes mêmes du testament, il est *évident* et *incontestable* que le testateur a *sciemment* légué la chose d'autrui.

Cette interprétation de la loi n'est pas arbitraire : j'en trouve la confirmation dans les travaux préparatoires du Code et dans le Code lui-même.

MM. Bigot-Préameneu et Tronchet, justifiant au Conseil d'État l'innovation introduite par le Code, firent remarquer que la volonté du testateur qui léguait la chose d'autrui, *la léguât-il sciemment*, « n'était jamais assez certaine pour qu'on pût agir comme si elle était bien connue; qu'il était d'ailleurs facile au testateur *de s'expliquer*. » M. Treilhard, confirmant cette observation, ajouta « que la meilleure manière de faire cesser ces subtilités était d'exiger que le testateur *s'expliquât clairement*. » On le voit, ce que la loi prohibe, ce n'est pas absolument le legs de la chose d'autrui, c'est le legs *incertain*, *douteux*, de la chose d'autrui. Un testateur peut donc léguer la chose appartenant à son héritier ou à un tiers, pourvu qu'il le fasse sinon expressément, au moins *très-clairement*, de manière qu'il n'y ait aucun doute possible à cet égard. Ainsi, rien n'empêche que le testateur ne dise : Je veux que mon héritier achète la maison de *Titius*, afin qu'il la livre à *Paul*, et s'il ne peut pas l'acquérir, qu'il lui en paie l'estimation. Quelle raison y

(1) Inst. de Just., § 4 *De legatis*. Voy. le *Cours élémentair de dr. rom.*, par M. Demangeat, t. I, p. 728 (2e édition).

aurait-il, en effet, d'annuler un legs fait en ces termes ? On peut même dire que, dans l'espèce, le legs a pour objet non pas la *chose d'autrui*, mais *un fait* qui doit être accompli par le débiteur du legs. Ce fait est possible en soi ; il ne présente rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs : pourquoi ne pourrait-il pas être l'objet d'un legs ? Cela est si peu défendu que le Code lui-même nous donne l'exemple d'un legs semblable. Ainsi, le testateur qui lègue un immeuble grevé d'usufruit et qui ajoute : « Je veux que mon héritier livre l'immeuble affranchi de l'usufruit qui le grève, » lègue la chose d'autrui, puisqu'il impose à son héritier l'obligation de procurer au légataire l'usufruit qui appartient à un tiers ; or, ce legs est déclaré valable par l'art. 1020 (voy. le n° 860).

Je vais plus loin, et je tiens pour bon le legs conçu en ces termes : *Je lègue à Paul la maison A, qui appartient à Titius.* Le testateur s'est, en effet, expliqué très-clairement ; sa volonté n'est point *douteuse ; aucun procès n'est possible :* ce legs doit, par conséquent, valoir. C'est absolument comme si le testateur avait dit : Je charge mon héritier d'acheter la maison de *Titius* pour la donner à *Paul*, et, s'il ne peut pas l'acquérir, je veux qu'il lui en paie l'estimation (1).

Art. 1022.

Se peut-il que le testateur ait légué une chose qui ne lui appartenait pas, et que, cependant, il n'ait point légué la chose d'autrui ?

Comment s'exécute le legs lorsque le testateur a légué une chose qui n'est déterminée que quant à son espèce ?

863.—Dans tous les cas, il est certain qu'on peut très-valablement léguer une chose qui n'est déterminée que quant à son espèce, par exemple, un cheval, une maison, tant d'arpents de terre à prendre dans te département. Ce legs est valable, lors même que le testateur ne laisse point dans sa succession des choses de cette espèce. Il a légué, à la vérité, une chose *dont il n'était pas propriétaire ;* mais il n'a pas légué *la chose d'autrui*, car les genres n'appartiennent à personne.

A qui appartient, en ce cas, le droit de déterminer la chose qui devra être livrée ? au légataire ou au débiteur du legs ? Le legs étant muet sur ce point, le doute est possible ; mais, ainsi que nous le verrons sous les art. 1162 et 1190, le doute s'interprète toujours en faveur *du débiteur* (voy. les n^os^ 1164 et 1226). Toutefois, si le débiteur du legs n'est pas obligé de donner une chose de la meilleure qualité, l'équité exige qu'il ne puisse pas se libérer en offrant une chose de la qualité la plus mauvaise (voy. le n° 1339, 3°).

Art. 1023.

Que signifie la règle que le legs fait au créancier par son débiteur n'est pas censé fait en compensation de sa créance ?

864.—La loi règle, dans l'art. 1023, le legs fait par un *débiteur* à son *créancier*. Je lègue 1,000 fr. à *Primus*, à qui je dois déjà 1,000 fr. : *Primus* peut-il réclamer les 1,000 fr. dont il était mon créancier, et, en outre, les 1,000 fr. que je lui ai légués ? N'a-t-il droit, au contraire, qu'à 1,000 fr. ? S'il ne pouvait réclamer que la somme dont il était déjà créancier, le legs cesserait d'être pour lui une libéralité ; or, la personne qui fait un *legs* veut évidemment, la loi le suppose avec raison, faire une libéralité, enrichir

(1) *Contrà*, MM. Colm. de S., n° 166 *bis*, IV ; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 536 ; Marc., art. 1021 ; Demol., t. IV, n° 685.

le légataire. De là cette règle, que « le legs fait au créancier n'est pas censé fait en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique, en compensation de ses gages. »

Quid, si le testateur a dit expressément : Je lègue à mon créancier la somme ou — chose que je lui dois ? Quelle est l'utilité de ce legs ?

Ce n'est là, au reste, qu'une règle interprétative de la volonté du testateur. Si donc il résulte des termes mêmes de la disposition, ou de toute autre circonstance, qu'il n'a entendu transférer à son créancier d'autre avantage que celui de pouvoir réclamer *en qualité de légataire* la somme qu'il a le droit d'exiger en qualité de créancier, s'il a dit, par exemple : Je lègue à Paul *les* 10,000 fr. *que je lui dois*, sa volonté devra être respectée. Dans cette hypothèse, le légataire ne pourra réclamer qu'une seule fois la somme qui lui a été léguée. Quant à l'avantage qu'il retirera de ce legs, on le conçoit facilement, si l'on suppose que le testateur a légué *purement et simplement* ce qu'il ne devait qu'*à terme* ou *sous condition suspensive*. Que s'il est débiteur *pur et simple* de la somme qu'il a léguée, le legs sera encore utile : il procurera, en effet, au légataire une excellente garantie dont il ne jouissait pas peut-être en sa qualité de *créancier*, une *hypothèque générale sur tous les immeubles* du défunt, en vertu de laquelle il aura le droit de poursuivre *pour le tout* chacun de ceux des héritiers qui auront dans leur lot un immeuble ou une portion d'immeuble de la succession.

SECTION VII. — DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

§ I. — *Généralités.*

16e *Répétition.*

Art. 1025.

Qu'est-ce qu'un exécuteur testamentaire ? Ne peut-on pas l'assimiler à un mandataire ? Quelles conséquences résultent du principe que c'est un mandataire ?

865. — Le testateur qui craint que ses héritiers ou successeurs universels n'apportent pas assez de diligence dans l'exécution de ses dernières volontés, peut en charger une ou plusieurs personnes en qui il a une pleine et entière confiance. Les personnes chargées de l'exécution d'un testament s'appellent *exécuteurs testamentaires* (voy. la Form. 316).

L'exécution testamentaire est un simple office d'ami, un *mandat*. De là il suit :

1° Que personne n'est tenu de l'accepter ;

2° Qu'elle peut être confiée même à ceux au profit desquels on ne peut pas disposer par testament ;

3° Que la personne qui l'accepte et qui l'accomplit n'a droit à aucun salaire (art. 1986). — Toutefois, il est d'usage que le testateur fasse, par son testament, un présent à son exécuteur testamentaire, en reconnaissance du service qu'il doit en recevoir ;

Art. 1034.

Qui supporte les frais qu'occasionne l'exécution testamentaire ?

4° Que les frais qu'occasionne l'exécution du testament ne sont pas à la charge de celui qui s'en est chargé (art. 1999). Ces frais (frais de scellés, d'inventaire, de reddition de compte) sont, aux termes de l'art. 1034, *à la charge de la succession ;* à moins, faut-il ajouter, qu'ils n'entament la réserve, auquel cas ils seraient à la charge des légataires ;

L'exécuteur testamentaire peut-il abandonner l'exécution qu'il a acceptée?

5° Que l'exécuteur testamentaire ne peut pas renoncer au mandat qu'il a volontairement accepté : car un mandataire est tenu de *continuer* l'affaire qui lui a été confiée, lorsque le mandant est dans l'impossibilité de la gérer lui-même ou de la confier à un autre (art. 2007), et, dans l'espèce, le mandant (le *de cujus*) ne peut ni exécuter lui-même son testament ni choisir un nouveau mandataire ;

6° Qu'il peut cependant l'abandonner lorsqu'il se trouve lui-même dans l'impossibilité de continuer, sans éprouver un préjudice considérable, l'affaire qui lui a été confiée (même art. 2007);

Art. 1032.

Ses pouvoirs passent-ils à ses héritiers? Ses héritiers ne sont-ils point tenus d'une certaine obligation?

7° Que ses pouvoirs ne passent point à ses héritiers. Ceux-ci sont toutefois tenus de faire savoir aux héritiers du testateur que l'exécuteur testamentaire est décédé, et de pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent (art. 2010).

Art. 1033, 1028 à 1030.

Quelles différences y a-t-il entre un exécuteur testamentaire et un mandataire ordinaire? Les exécuteurs testamentaires sont-ils solidairement responsables? Peut-on choisir pour exécuteur testamentaire une personne incapable de s'obliger?

866. — L'exécuteur testamentaire, ai-je dit, est un *mandataire;* j'ajoute que c'est un mandataire *imposé* aux héritiers. C'est lui qui est chargé d'exécuter les obligations dont ils sont tenus envers les légataires : il les représente ; et *cependant ce ne sont pas eux qui l'ont choisi.* Cela explique pourquoi la loi a organisé, dans leur intérêt, certaines garanties dont ne jouissent point les mandants volontaires. Ainsi :

1° Les coexécuteurs testamentaires sont *solidairement* (1) responsables du compte du mobilier qui a pu leur être confié afin de leur donner le moyen d'exécuter leur mandat. — Il en est différemment des comandataires *volontairement choisis :* chacun de ceux-ci n'est tenu que pour sa part des dommages et intérêts résultant de l'inexécution du mandat (art. 1995).

2° La personne qui choisit elle-même son mandataire peut choisir qui bon lui semble : elle peut confier son affaire à une personne *incapable de s'obliger*, par exemple, à un mineur, à une femme mariée non autorisée. Ses intérêts seront peut-être compromis ; mais n'est-elle pas maîtresse de courir ce risque (article 1990) ? — La règle est différente en notre matière : le testateur ne peut confier l'exécution de son testament qu'à une personne *capable de s'obliger* et d'engager, en s'obligeant, la *pleine propriété de ses biens.* A-t-il choisi un *mineur :* les héritiers ne sont pas tenus de l'accepter. C'est vainement que le tuteur de ce mineur offrirait de le représenter, que son curateur offrirait de l'assister : le tuteur et le curateur n'ont pas à s'immiscer dans une affaire qui ne leur a pas été confiée. Le testateur a-t-il choisi une femme mariée : une distinction devient nécessaire : les héritiers devront l'accepter, toutes les fois qu'elle sera capable de *s'obliger* et d'engager, en s'obligeant, la *pleine propriété de ses biens.* Si donc elle est séparée de biens et autorisée, *soit par son mari, soit*

(1) On ne dit point qu'ils sont *codébiteurs solidaires.* Il y a une grande différence entre des débiteurs tenus *solidairement*, c'est-à-dire chacun *pour le tout*, et les *codébiteurs solidaires* proprement dits (voy. les nos 1256 et s.).

par la justice (voy. les Form. 329 à 332), à se charger de l'exécution testamentaire qui lui a été confiée, les héritiers du testateur devront la subir : car, dans l'une et l'autre hypothèse, elle est pleinement capable de s'obliger, la pleine propriété de ses biens répondra de ses obligations. La décision sera la même si nous la supposons mariée sous le régime de communauté, *et autorisée de son mari*. Mais, au cas où son mari refuse de l'autoriser, les héritiers du testateur ne seront pas obligés de l'accepter, lors même qu'elle serait autorisée par la justice à se charger du mandat que le défunt lui a donné : la femme commune qui s'oblige avec l'autorisation de la justice n'oblige, en effet, que la *nue-propriété* de ses biens.

§ II. — *De la saisine accordée aux exécuteurs testamentaires.*

Art. 1026 et 1027.

L'exécuteur testamentaire a-t-il de plein droit la saisine des biens de la succession?
Le testateur peut-il la lui donner?
Le peut-il quant à tous ses biens?

867. — Autrefois, l'exécuteur testamentaire acquérait *de plein droit*, selon quelques coutumes, la saisine des *meubles*, et, selon quelques autres, la saisine des meubles et des immeubles. Le Code a suivi un autre système : la saisine n'a plus lieu *de plein droit*. Le testateur peut l'accorder par une disposition expresse ; mais, notons-le, le pouvoir qu'on lui laisse à cet effet n'a trait qu'aux biens *mobiliers*.

Quelle est la nature de cette saisine?

I. *Nature de cette saisine.* — Cette saisine n'est point incompatible avec celle que l'art. 724 confère aux héritiers. L'exécuteur testamentaire, quoique saisi, n'acquiert pas, en effet, une véritable possession. Il peut appréhender les biens, les détenir; mais il ne les détient qu'à titre de dépôt ou de séquestre. Il ne possède pas pour lui, *animo domini:* car il reconnait un maître, l'héritier, qui est le véritable possesseur, et pour le compte duquel il possède de la même manière qu'un dépositaire possède au nom et pour le compte du déposant.

Quels sont ses effets?

II. *Ses effets.* — Elle donne à l'exécuteur testamentaire le droit : 1° d'appréhender les meubles de la succession ; — 2° de les faire vendre jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour l'acquittement des legs ; — 3° de toucher les capitaux et intérêts dus par des tiers à la succession ; — 4° d'employer à l'acquittement des legs les deniers comptants de la succession, ainsi que ceux qui proviennent soit de la vente des meubles, soit des paiements qui ont été faits entre ses mains par les débiteurs héréditaires.

Quelle est sa durée? Le testateur peut-il la donner pour un temps plus long?

III. *Sa durée.* — Le testateur peut la donner pour quelques mois ; il peut même la donner pour *l'an et jour*, à compter de son décès : la loi le lui permet. Mais peut-il la donner pour un temps plus long ? J'admets sans hésiter la négative. La faculté que la loi accorde au testateur n'est pas absolue. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire le texte même de l'art. 1026 : « Le testateur, y est-il dit, peut donner la saisine... ; *mais elle ne peut durer au-delà de l'an et jour* à compter de son décès... » M. Jaubert est

plus explicite encore, dans son rapport au Tribunat : « Le testateur, dit-il, ne peut ÉTENDRE la saisine *au-delà* d'une année. »

« Mais, dit-on, le testateur peut donner la *propriété* de ses meubles à son exécuteur testamentaire : donc, *à fortiori*, peut-il lui en confier la *possession* pendant le temps que bon lui semble : *qui peut le plus peut le moins !* »

L'argument n'est pas concluant dans l'espèce. Je sais bien qu'en général *celui qui peut le plus peut le moins ;* mais ce principe souffre exception lorsqu'il existe des raisons particulières de permettre le plus et de défendre le moins. Or, dans l'espèce, ces raisons particulières existent. Le legs de la propriété des meubles ne crée point un état de choses anormal et contraire à l'ordre public. La disposition par laquelle le testateur donne à un tiers la saisine des meubles dont il laisse la propriété à ses héritiers constitue, au contraire, un conflit d'intérêts opposés qui peut amener des altercations, occasionner des débats fâcheux : dès lors, l'ordre public est intéressé à ce que cet état de choses ne se prolonge pas trop longtemps.

Et, d'ailleurs, si l'argument : *qui peut le plus peut le moins*, était décisif, il faudrait alors aller jusqu'à dire que le testateur, qui peut léguer la propriété de ses *immeubles*, peut, *à fortiori*, en confier la saisine à son exécuteur testamentaire. Or, cette conséquence est inadmissible : car, en accordant expressément au testateur la faculté de donner la saisine de ses *meubles*, la loi lui a implicitement refusé le droit de donner la saisine de ses *immeubles*. M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, le dit formellement (1).

Les héritiers n'ont-ils pas un moyen de faire cesser cette saisine ?

— La loi ouvre aux héritiers un moyen de faire cesser la saisine avant l'expiration de l'année : qu'ils offrent à l'exécuteur testamentaire de lui remettre une somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou qu'ils justifient de ce paiement ! La saisine, étant alors sans objet, cessera nécessairement.

§ III. — *Des droits et obligations des exécuteurs testamentaires qui ont la saisine du mobilier.*

Art. 1031.

Quels sont les droits et obligations des exécuteurs testamentaires qui ont la saisine du mobilier ?

868. — Ils doivent :

1° « Faire apposer les scellés, *s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.* »

2° « Faire faire, en présence des héritiers, ou eux dûment appelés, l'inventaire des biens de la succession. » Ce n'est qu'à cette condition qu'il leur est permis d'appréhender le mobilier dont ils sont saisis.

3° « Faire vendre le mobilier (voy. la Form. 333), à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs. » Toutefois, s'ils veulent

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 284; Colm. de S., t. IV, n° 171 *bis*, III; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 136; Marc., art. 1026.—*Contrà* M. Dur., t. IX, n° 400.

mettre leur responsabilité à couvert, ils doivent, la prudence le leur conseille, appeler les héritiers à la vente.

L'argent provenant de la vente du mobilier est versé entre leurs mains, sur leur quittance, et ils sont tenus de l'employer, ainsi que l'argent qu'ils ont trouvé dans la succession, à l'acquittement des legs. Mais, s'ils sont prudents, ils feront bien de requérir pour cela le consentement de l'héritier, ou, sur son refus, de se faire autoriser par la justice : autrement, ils courraient le risque que l'héritier, qui prétendrait avoir de bons moyens pour se défendre de payer ce qu'ils ont payé pour lui, refusât de leur passer dans leur compte les sommes par eux payées (1).

Peuvent-ils employer l'argent au paiement des dettes?

869.—Les exécuteurs testamentaires n'ont point mandat à l'effet de payer les *dettes ;* la loi ne leur accorde pas ce droit : ce n'est point contre eux que les créanciers doivent former leur demande. Ils détiennent, il est vrai, les meubles qui sont le gage des créanciers ; mais ils les détiennent en qualité de *dépositaires*, et, à ce titre, ils ne représentent point les héritiers. Ceux-ci peuvent seuls être actionnés. Toutefois, les exécuteurs testamentaires peuvent, si les héritiers ne les autorisent point à payer eux-mêmes les créanciers, se faire autoriser, à cet effet, par la justice : car, tant que les *dettes* ne sont pas acquittées, le paiement des legs, qu'ils sont chargés de faire, se trouve entravé (2).

4° « Veiller à ce que le testament soit exécuté. » Ils peuvent et doivent donc, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Quand doivent-ils rendre compte?

5° « Rendre compte, *dès que leur saisine a cessé* » (voy. la Formule 334). Leur saisine cesse : 1° par l'expiration du temps fixé par le testateur ; 2° s'il n'en a fixé aucun, par l'expiration de l'an et jour ; 3° par l'exécution complète du testament ; 4° lorsque l'héritier offre à l'exécuteur testamentaire une somme suffisante pour l'acquittement des legs ; 5° par la mort de l'exécuteur testamentaire, auquel cas le compte doit être rendu par ses héritiers.

Leurs pouvoirs cessent-ils toujours dès que leur saisine a cessé?

870. — Lorsque la saisine a cessé, que l'exécuteur testamentaire a rendu ses comptes, son mandat cesse-t-il par là même ? Il cesse évidemment si le testament a reçu sa complète exécution. Mais, si tous les legs n'ont pas été payés, s'il reste quelque chose à faire, l'exécuteur testamentaire conserve son mandat, et doit, en conséquence, surveiller l'exécution du testament. Ainsi, la cessation de la saisine ne fait point nécessairement cesser l'exécution testamentaire.

Le testateur peut-il dispenser l'exécuteur testamentaire de l'obligation: 1° de faire inventaire; 2° de rendre compte?

871. — Nous devons ici placer une question qui est fort débattue. Le testateur peut-il dispenser son exécuteur testamentaire: 1° de l'obligation de faire un inventaire ; 2° de l'obligation de rendre compte ?

(1) Poth., t. VIII, p. 288; MM. Colm. de S., t. IV, n° 176 *bis*, III; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 138; Marc., art. 1031.

(2) M. Colm. de S., t. IV, n° 176 *bis*, V.

Voici mon système sur ce point important :

Le testateur peut organiser, comme il l'entend, l'exécution de son testament, pourvu toutefois que le mandat qu'il donne ne soit pas de nature à compromettre l'ordre public ou *l'intérêt de ceux que l'exécuteur testamentaire doit représenter*. La restriction que j'apporte au pouvoir du testateur, je la trouve écrite dans la loi même. Que nous dit-elle, en effet ? Que le testateur ne peut pas confier l'exécution de son testament à une personne *incapable de s'obliger !* Cette prohibition, tout le monde le reconnaît, a pour but *de sauvegarder les droits des héritiers du testateur* (voy. le n° 866, 2°): donc, selon la loi même, le testateur n'a pas le droit d'organiser pour son exécuteur testamentaire un mandat qui pourrait compromettre les intérêts de ceux qui le subissent.

Cette règle nous dicte notre solution :

1° Le testateur peut dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de faire un inventaire du mobilier, sauf aux héritiers à y faire procéder eux-mêmes, s'ils le jugent convenable, c'est-à-dire s'ils craignent que leurs droits ne soient compromis. Cette exécution testamentaire ne compromet point, en effet, l'intérêt de ceux auxquels elle est imposée.

2° Le testateur ne peut ni défendre à ses héritiers d'inventorier les meubles dont il donne la saisine à son exécuteur testamentaire, ni dispenser celui-ci de rendre ses comptes. L'exécution testamentaire, organisée de cette manière, ne serait pas valable, parce qu'elle compromettrait les droits de ceux qui la devraient subir (1).

§ IV. — *Des droits et obligations des exécuteurs testamentaires qui n'ont point la saisine mobilière.*

Quels sont les droits et les devoirs des exécuteurs testamentaires qui n'ont pas la saisine ?

872. — Les exécuteurs testamentaires qui n'ont point la saisine ne peuvent ni appréhender le mobilier, ni le faire vendre, ni recevoir les capitaux dus par des tiers à la succession, ni payer eux-mêmes les légataires. Leur obligation et leur droit se bornent à *surveiller l'exécution du testament*, à soutenir sa validité quand il est attaqué et à prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt des légataires.

Doivent-ils requérir l'apposition des scellés, faire faire l'inventaire du mobilier ? Ils le *peuvent*, tout le monde le reconnaît. S'ils le *peuvent*, ils le *doivent :* car l'apposition des scellés et la confection de l'inventaire sont des mesures conservatoires, et le mandat qu'ils ont reçu les oblige à faire tout ce qui est nécessaire pour assurer la conservation du droit des légataires. — Il est bien entendu qu'ils ne sont tenus d'accomplir cette obligation qu'autant

(1) MM. Marc., art. 1031 ; Colm. de S., t. IV, n° 176 *bis*, X et XI. — *Contrà* M. Dur., t. IX, n° 406.

que l'intérêt des légataires l'exige. S'il y a, par exemple, dans la succession des immeubles libres d'hypothèques, et dont la valeur dépasse le montant des legs, l'exécuteur testamentaire assurera suffisamment l'acquittement des legs en faisant inscrire l'hypothèque de l'art. 1017. Dans cette hypothèse, l'apposition des scellés et la confection de l'inventaire n'auraient point d'objet, et l'exécuteur testamentaire qui n'y recourrait point n'engagerait pas sa responsabilité.

873. — Il doit y recourir, *dans tous les cas*, lorsqu'il a la saisine, et que le testateur a laissé des héritiers mineurs ou absents : c'est alors une mesure conservatoire, exigée dans l'intérêt, non *plus* des *légataires*, mais des *héritiers*.

§ V. — *De la manière dont la charge d'exécuteur testamentaire doit être gérée quand elle a été confiée à plusieurs.*

874. — Il faut, à cet égard, faire une distinction :

Art. 1033.

Comment les exécuteurs testamentaires gèrent-ils ?

Chacun d'eux peut-il agir seul ?

1° *Le testateur n'a point divisé les fonctions des exécuteurs testamentaires.* — Chacun d'eux peut alors agir seul, c'est-à-dire à défaut des autres. La loi a considéré que l'exécution eût été trop difficile, trop entravée, si elle n'avait pu être gérée que par les mandataires réunis. Mais, bien entendu, si le testateur a déclaré qu'aucun d'eux ne pourra agir au défaut des autres, les actes de gestion ne pourront être faits qu'en commun.

Les exécuteurs testamentaires dont les fonctions n'ont point été divisées sont solidairement responsables du mobilier qui leur a été confié (voy., sous le n° 866-1°, le motif de cette disposition).

2° *Le testateur a divisé les fonctions des exécuteurs testamentaires.* — Dans cette hypothèse, chacun d'eux doit se renfermer dans les fonctions qui lui ont été assignées. Aucune solidarité n'existe entre eux, s'ils n'empiètent point sur les attributions les uns des autres.

Si l'un d'eux ne veut pas être exécuteur testamentaire, ou s'il meurt, ceux qui ont accepté peuvent-ils agir ?

875. — Lorsque le testateur a nommé plusieurs exécuteurs testamentaires *sans diviser leurs fonctions*, et que l'un d'eux refuse ou meurt, ceux qui ont accepté peuvent-ils agir ? M. Duranton pense que non (t. IX, n° 423). « Le testateur, dit-il, n'a peut-être placé sa confiance dans chacun d'eux qu'en considération des autres. L'intérêt qu'ils ont à se surveiller mutuellement, car ils sont tous tenus solidairement, est une garantie que le mandat qu'il leur a confié sera bien géré, et géré sans danger pour les héritiers ; or, cette garantie n'existe plus, dès que l'un des exécuteurs testamentaires fait défaut : le mandat doit, par conséquent, cesser. Le testateur n'a point donné *plusieurs mandats ;* il n'en a donné qu'un seul, qui reste sans effet dès l'instant qu'il ne peut plus être rempli comme le testateur a entendu qu'il le soit » (1).

(1) *Contrà*, MM. Marc., art. 1033 ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 140 ; Colm. de S., t. IV, n° 178 *bis*.

SECTION VIII. — DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ.

§ I. — *Généralités.*

Qu'est-ce qu'un testament *nul*?

876. — Le testament est *nul* lorsqu'il est fait, soit dans les formes légales, par un testateur *incapable*, soit par un testateur *capable, sans les formes légales*. Le testament qui est nul *à priori* ne peut jamais valoir.

Un testament *révoqué*?

Le testament est *révoqué* lorsque, valable *à priori*, il a cessé de valoir par suite d'un changement de volonté chez le testateur.

Un testament *caduc*?

Il est *caduc* lorsque, étant valable, il manque de produire son effet par suite d'événements qui ne procèdent point de la volonté du testateur, par exemple, par suite de l'incapacité du légataire ou de la perte de la chose léguée.

La révocation est *expresse* ou *tacite*. Elle est tacite lorsque la loi l'induit de certains faits qui font supposer chez le testateur un changement de volonté.

§ II. — *Révocation expresse.*

Art. 1035.

Comment peut se faire la révocation expresse?

877. — Le testateur peut manifester la volonté où il est de révoquer son testament, soit en la consignant ou en la faisant consigner dans un testament postérieur, soit en la déclarant à un notaire ou à deux notaires, qui en dressent acte *selon les formes* ORDINAIRES *des actes notariés*. Ainsi, la loi ne reconnaît que deux modes de révocation expresse : 1° la révocation par un testament postérieur; 2° la révocation par acte notarié.

1° *Révocation par un testament postérieur* (voy. la Form. 317). — Peu importe la nature soit du testament qu'on révoque, soit du testament qui contient la clause de révocation : ainsi, un testament olographe peut être révoqué par un testament public ou mystique, et réciproquement.

Lorsqu'elle est faite par un second testament, produit-elle son effet, quoique le testament qui la contient ne donne point d'héritier?

La seule chose qui soit essentielle, c'est que le second testament soit *valable* : il n'est même pas nécessaire que les dispositions qu'il contient reçoivent leur effet. Ainsi, lorsqu'il est fait dans les formes légales, par une personne capable, la révocation qui y est mentionnée a son effet, quoique les legs qu'il contient restent sans exécution par suite de l'incapacité des légataires, ou de leur refus de les recueillir. Il suffit, en un mot, que la révocation soit mentionnée dans un testament *susceptible* de produire un héritier.

A quelles formes est soumise la révocation par un acte notarié qui ne contient aucune disposition testamentaire?

2° *Révocation par acte notarié* (voy. la Form. 318). — Cet acte n'est point soumis aux formes *exceptionnelles d'un testament public* (voy. les n^os^ 781 et s.) ; c'est un acte *notarié ordinaire*. Ainsi, tandis que le testament public ne peut être reçu que par un notaire assisté de quatre témoins, ou par deux notaires et deux témoins, *l'acte de révocation* peut l'être par un notaire en présence de deux témoins, ou par deux notaires sans témoins.

878. — *Questions controversées.* — 1° La révocation consignée dans un acte *sous seing privé*, écrit en entier, daté et signé par le testateur, est-elle valable, quoique cet acte ne contienne aucun *legs* ?

La révocation consignée dans un acte *sous seing privé* qui ne contient aucun legs, mais qui est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, est-elle valable?

PREMIER SYSTÈME. Cette révocation ne vaut pas. L'acte qui ne contient qu'une déclaration de révocation, bien qu'écrit en entier, daté et signé par le testateur, *n'est pas un testament* : car tester, c'est *disposer de ses biens* (art. 895), les attribuer à quelqu'un, en un mot, faire des *legs*, et, dans l'espèce, l'acte qu'on présente ne contient aucune attribution de biens, aucun legs. Si l'acte de révocation était un testament, il faudrait dire que la révocation par acte notarié *ordinaire* est aussi un *testament*, ce qui, évidemment, est inadmissible, puisque la loi elle-même oppose la révocation *par testament* à la révocation *par acte notarié ordinaire*.

Ainsi, l'acte sous seing privé qui contient la révocation d'un testament antérieur n'est pas un *testament*, bien qu'il réunisse toutes les *formes* d'un testament olographe ; ce n'est pas non plus un acte notarié : donc la révocation qu'il contient n'est pas valable (1).

879. — DEUXIÈME SYSTÈME. A ne considérer que le texte de la loi, la solution précédente est irréprochable, et, bien qu'elle conduise à des résultats ridicules, je n'hésiterais pas à l'admettre, si l'historique de la rédaction de notre art. 1035 ne nous fournissait la preuve certaine qu'il n'a pas le sens étroit qu'on lui donne. La première rédaction portait : « Les testaments ne pourront être révoqués que *par un acte revêtu des formes légales d'un testament.* » Si cette rédaction eût été admise, les testateurs qui ne savent pas écrire n'auraient pu user de leur droit de révocation qu'en recourant aux *formes solennelles et compliquées du testament public.* La remarque en fut faite, et ce fut pour *faciliter* l'exercice de ce droit qu'on autorisa la révocation *dans la forme ordinaire des actes notariés.* Cette modification amena un remaniement de notre article. La formule : « les testaments ne pourront être révoqués que *dans les formes légales* d'un testament, » fut remplacée par celle-ci : « les testaments ne pourront être révoqués que *par un testament postérieur...* » Ce ne fut là évidemment qu'une variante de style ; l'idée resta la même : car, si l'on modifia la première rédaction, ce fut, non pas pour changer le principe qu'elle consacrait, à savoir, que la révocation peut être faite *dans les formes légales d'un testament*, mais pour ajouter à ce premier mode de révocation une seconde manière de révoquer, la révocation par acte devant notaire et selon les formes d'un acte notarié *ordinaire*.

La pensée de la loi est donc celle-ci : la volonté de révoquer peut être consignée, soit dans un acte revêtu *des formes légales d'un testament*, soit *même* dans un acte revêtu des formes *ordinaires* d'un acte notarié. La révocation contenue dans un acte écrit en entier, daté et signé par le testateur, est, par conséquent, vala-

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 308 ; Marc., art. 1035.

ble, bien que l'acte où elle est écrite ne contienne aucune attribution de bien, aucun legs : s'il n'a pas, en effet, les *caractères*, il a au moins les *formes légales* d'un testament.

Cette solution n'est pas seulement conforme à l'autorité historique de la rédaction de notre article ; *le simple bon sens* et *l'esprit de la loi* la confirment également. *Le simple bon sens...* En effet, l'acte de révocation, écrit, daté et signé par le testateur, serait certainement valable si, outre la révocation, il contenait un legs de cinq francs ; or, est-il vraisemblable que le législateur ait fait dépendre d'une circonstance aussi minime la validité d'un acte aussi important que la révocation ? — *L'esprit de la loi...* Le législateur n'a pas pu, en effet, traiter la *révocation*, qui fait revenir les biens à la famille, plus rigoureusement que le *testament* qui la dépouille ; or, un testament peut être fait dans la forme sous seing privé ! J'ajoute que, si la révocation peut être consignée dans un acte revêtu des formes d'un acte notarié *ordinaire*, c'est-à-dire dans un acte qui ne vaudrait pas s'il contenait des dispositions testamentaires, à bien plus forte raison, doit-elle pouvoir l'être dans un acte qui réunit toutes les formes prescrites pour la validité d'un testament (1).

La révocation contenue dans un testament public est-elle valable si ce testament, qui est nul pour vice de formes, réunit les formes prescrites pour la validité d'une révocation par acte notarié ?

880. — 2° Un testateur qui a disposé de ses biens au profit de *Primus* fait, *par acte public*, un second testament dans lequel il déclare, d'une part, qu'il révoque son premier testament, et, d'autre part, qu'il lègue tous ses biens à *Secundus* : si ce second testament se trouve nul pour *vice de formes*, s'il ne contient pas, par exemple, la mention que le notaire en a donné lecture au testateur en présence des témoins, la révocation qu'il contient est-elle valable, en supposant qu'il réunit d'ailleurs toutes les formes prescrites pour la validité d'un acte notarié ?

PREMIER SYSTÈME. La révocation n'est pas valable. Cet acte contient, en effet, deux dispositions : 1° la révocation d'un premier testament ; 2° l'attribution des biens à un second légataire. Ces deux dispositions forment un tout indivisible. Le testateur ne révoque pas purement et simplement : il retire ses biens à *Primus* pour les donner à *Secundus*, en sorte qu'on peut dire que l'*attribution* est la cause de la *révocation*. Si donc l'*attribution* ne peut pas produire son effet, la *révocation*, manquant alors de cause, ne peut pas produire le sien. Qu'arriverait-il s'il en était autrement? L'hérédité s'ouvrirait au profit des héritiers légitimes du testateur! Or, ce n'est certainement pas là ce qu'il a voulu : car il a, par deux fois, appelé des étrangers à sa succession. Il a d'abord préféré à ses parents le premier légataire, puis le second légataire au premier ; mais rien ne montre qu'il ait préféré ses parents au premier légataire (2).

(1) MM. Delv., t. II, p. 377; Dur., t. IX, n° 431; Val.; Colm. de S., t. IV, n° 182 *bis*; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 183.

(2) MM. Val.; Colm. de S., t. IV, n° 184 *bis*, IV; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 183.

881. — DEUXIÈME SYSTÈME. La révocation et l'attribution des biens, quoique consignées dans le même acte, ne forment point un tout indivisible : ce sont deux dispositions *indépendantes*. La révocation peut donc recevoir son effet, quoique l'attribution soit nulle. La loi nous le montre de la manière la plus évidente, lorsqu'elle nous dit que « la révocation faite dans un testament postérieur a tout son effet, *quoique ce nouvel acte reste sans exécution*, c'est-à-dire quoique le second légataire ne recueille point la succession qui lui est attribuée » (art. 1037). Là est la preuve que la révocation doit recevoir son effet toutes les fois qu'elle a été manifestée selon les formes légales. Or, dans l'espèce, cette condition est remplie, puisque la révocation est consignée, je le suppose, dans un acte qui réunit toutes les formes exigées par la loi pour la validité d'un acte notarié ordinaire (1).

§ III. — *Révocation tacite.*

Art. 1036 à 1038.

882. — La loi détermine et limite les faits desquels les juges doivent ou peuvent induire la révocation. Ces faits sont :

Dans quels cas la révocation est-elle tacite? En d'autres termes, quels faits la font présumer ?

1° *La confection d'un second testament contenant des dispositions* CONTRAIRES *ou* INCOMPATIBLES *avec celles qui sont contenues dans le premier*. — En droit romain, où l'institution d'héritier comprenait nécessairement *l'universalité* des biens, le second testament était toujours incompatible, et incompatible pour le tout, avec le premier, qui se trouvait ainsi révoqué : on ne pouvait avoir qu'un *seul* testament (2). En France, au contraire, on peut en avoir plusieurs : car, chacun d'eux pouvant contenir des dispositions de *fractions* ou d'*objets particuliers* (voy. le n° 525), il est possible qu'ils ne soient ni contraires, ni incompatibles, ou qu'ils ne le soient que sur certains points. De là la règle que les testaments postérieurs qui ne contiennent point de révocation expresse ne révoquent, dans les précédents, que les dispositions qui sont incompatibles avec les nouvelles, ou qui y sont contraires.

Quand deux dispositions contenues dans deux testaments sont-elles *incompatibles* ?

Deux dispositions sont *incompatibles* lorsqu'elles sont faites au profit de la même personne, et que la seconde comprend, *mais avec moins d'étendue*, ce qui déjà avait été attribué au légataire par la première disposition, ou, si l'on veut, lorsqu'elles sont de telle nature qu'elles ne peuvent pas être exécutées simultanément. Ainsi, lorsqu'après avoir légué à Paul une maison A, je déclare, dans un second testament, léguer au même Paul l'usufruit de la même maison, ces dispositions sont incompatibles, et la première est révoquée pour tout ce qu'elle comprend de plus que la seconde, c'est-à-dire pour la nue-propriété de la maison.

Quand sont-elles *contraires* ?

Deux dispositions sont *contraires*, lorsqu'elles sont faites à deux personnes différentes, et que la seconde est de telle nature qu'elle

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 418; t. VIII, p. 309; Marc., art. 1035.
(2) Inst. de Just., § 2. *Quib. mod. testam. infirm.* (II, XVII).

fait supposer chez le testateur la volonté d'abandonner la première. Mais quand la seconde disposition a-t-elle ce caractère, cette nature? A quels signes le reconnaîtra-t-on? La loi ne nous donne aucune règle à cet égard; c'est une pure question de fait, qu'elle confie à l'expérience des juges.

Si le testateur, après avoir fait à Paul un legs universel, fait à Pierre, et par un second testament, un legs universel, le premier est-il révoqué?

Passons en revue quelques espèces :

883. — Le testateur, après avoir légué à *Paul* tous ses biens, les lègue, par un second testament, à *Pierre :* le legs universel contenu dans le premier testament est-il révoqué par le legs universel contenu dans le second?

Lorsque deux legs universels sont faits par un *même* testament, les deux legs valent ensemble : la loi n'a pas dû admettre que le testateur ait pu avoir, dans un intervalle de temps aussi court, le temps qui s'est écoulé entre le moment où il a écrit le premier legs et celui où il a écrit le second, l'intention de faire une libéralité à Paul, et presque instantanément l'intention de la lui retirer. Il en est différemment lorsque les deux legs sont faits par deux testaments séparés : alors, en effet, il est naturel de supposer qu'en léguant *tous ses biens* à Pierre, il a entendu que celui-ci ait *toute sa succession*, et, par suite, que Paul n'en ait aucune partie. Les juges peuvent donc admettre cette interprétation; mais ils n'y sont pas contraints. Ainsi, ils peuvent très-bien décider que le testateur, en faisant le second legs, a eu pour but, non pas de révoquer le premier, mais de donner à Paul un colégataire universel.

Si le testateur, après avoir légué tous ses biens à Paul, a légué à Pierre, par un second testament, un quart de ses biens ou des objets particuliers, le premier legs est-il révoqué jusqu'à concurrence du second?

884. — Le testateur, après avoir légué tous ses biens à *Paul*, lègue à *Pierre* soit un quart de ses biens, soit tels ou tels objets : le legs universel contenu dans le premier testament est-il révoqué jusqu'à concurrence du legs à titre universel ou particulier contenu dans le second testament?

Les juges décideront, et leur décision à cet égard sera souveraine. Ainsi, ils peuvent décider l'une de ces deux choses : ou que le premier legs est révoqué jusqu'à concurrence du second, ou que le second n'est qu'une charge du premier.

Quel intérêt y a-t-il à savoir, dans ce cas, si le premier legs est ou non révoqué jusqu'à concurrence du second?

Mais quel intérêt y a-t-il à savoir si le premier legs est ou non révoqué jusqu'à concurrence du second? Est-il révoqué : *Paul* n'aura droit qu'à la succession diminuée de ce qui aura été légué à *Pierre*. Ne l'est-il point : *Paul* devant, en sa qualité de légataire universel, délivrer à *Pierre* ce qui lui a été légué, ne recevra encore que la succession diminuée de la fraction ou des choses qui font l'objet du second legs. Le résultat est donc le même dans les deux cas!

A ce point de vue, le résultat sera, en effet, le même, si *Pierre*, le second légataire, survit au testateur et accepte le legs. Mais supposons l'hypothèse inverse : il importera alors de savoir si le legs universel fait à *Paul* a été révoqué jusqu'à concurrence du legs fait à *Pierre*, ou si le second legs n'est qu'une charge du premier. Dans le premier cas, la caducité du second legs ne profitera pas à *Paul*, car la révocation partielle du legs qui lui a été fait est indé-

pendante de la caducité du second legs (voy. le n° 877-1o) : les biens abandonnés par *Pierre* passeront aux héritiers légitimes du testateur. Dans le second cas, *Paul* les conservera : car, restant légataire *universel*, il aura *vocation au tout*.

Je vais plus loin, et je dis qu'entre les deux cas le résultat est différent lors même qu'on écarte l'hypothèse de la caducité du second legs. Dans le premier cas, en effet, *Paul* cesse d'être légataire *universel*, puisqu'il n'a plus vocation au tout. Dans le second cas, son legs est universel, puisqu'il lui donne l'espoir d'avoir toute la succession. De là les différences entre les legs à titre universel et les legs universels (voy. le n° 854).

Le testament révoqué revit-il si le testament qui le révoque est à son tour révoqué?

885. — Lorsqu'un premier testament est révoqué par un testament postérieur contenant, soit une clause expresse de révocation, soit des dispositions incompatibles ou contraires avec celles du premier, celui-ci revit-il si, à son tour, le second est révoqué? Oui, sans aucun doute! C'est, en effet, à l'époque de la mort du testateur qu'il faut se placer pour apprécier la validité des actes de dernière volonté qu'il a faits pendant sa vie. Or, à sa mort, que trouvons-nous? Un premier testament *jure perfectum*. A-t-il été révoqué? Non : il y a eu *projet* de révocation, mais le testateur n'a pas persévéré dans ce projet; il l'a abandonné avant de mourir. Le premier testament reste donc valable, puisqu'il n'existe, de la part du testateur, aucune volonté contraire qui lui fasse obstacle (1).

Lorsque le testateur aliénait, de son vivant, la chose qu'il avait léguée, cette aliénation emportait-elle, en droit romain, la révocation du legs?

Quelle distinction faisait-on à cet égard?

Quel système le Code a-t-il suivi?

886. — 2° *L'aliénation postérieure de la chose léguée.* — En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, lorsque le testateur aliénait volontairement et de son plein gré la chose léguée, cette aliénation faisait *présumer* la révocation du legs; mais cette présomption pouvait être combattue et détruite par des preuves contraires. Que si le testateur aliénait la chose léguée, parce qu'il y était contraint par quelque nécessité urgente, la loi ne lui supposait pas l'intention de révoquer le legs; mais l'héritier était admis à faire la preuve contraire (2).

Ce système donnait lieu à des questions de fait qui, presque toujours, engendraient des procès. Le Code a cru devoir s'en écarter : aujourd'hui *toute aliénation* fait présumer la révocation du legs, et la preuve contraire n'est pas admise.

Si le testateur vend la chose léguée, mais en se réservant la fa-

« Toute aliénation, même faite par vente AVEC FACULTÉ DE RACHAT... » Pothier soutenait, au contraire, que cette aliénation

(1) M. Val. — D'après M. Colm. de S., t. IV, no 184 *bis*, la question doit se résoudre en fait, et, dans le doute sur l'intention du testateur, au profit des héritiers légitimes. — MM. Zach., Aubry et Rau. (t. VI, p. 185), distinguent. La révocation du testament peut se trouver soit dans un second *testament*, soit dans un second acte *qui n'est pas un testament* : au premier cas, la révocation du second testament ne fait revivre le premier qu'autant que le testateur a exprimé que telle était son intention; au second cas, la révocation de l'acte qui contient la révocation du testament le fait revivre de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de toute déclaration à cet égard.

(2) Inst. de Just., § 12 *De legatis*.

culté de la racheter, le legs est-il révoqué, même au cas où le testateur a exercé la faculté qu'il était réservée?

ne devait pas faire présumer la révocation du legs. « Le testateur, disait-il, n'a pas définitivement renoncé à la propriété de la chose léguée. L'aliénation qu'il a faite est subordonnée à une condition résolutoire potestative de sa part; or, l'aliénation qui n'est pas définitive, qui peut être anéantie par le testateur, n'est pas de nature à faire supposer la révocation du legs. S'il exerce le droit de réméré qu'il s'est réservé, s'il reprend la chose qu'il a vendue, il est *réputé ne pas l'avoir aliénée :* dès lors il doit être réputé n'avoir pas révoqué le legs. »

Le Code a rejeté cette doctrine : le legs reste révoqué lors même que le testateur a repris, en exerçant le réméré, la chose qu'il avait aliénée.

Si le testateur qui a légué sa maison l'échange contre une autre, celle-ci est-elle subrogée à la première? le légataire y a-t-il droit?

« Toute aliénation... *même par échange...* » Le testateur qui a légué sa maison A, l'a échangée contre la maison B : le legs est-il révoqué? Ricard soutenait, dans l'ancien droit, que la chose acquise en échange de la chose léguée devait lui être subrogée. Ainsi, dans l'espèce, le légataire aurait pu réclamer la maison B. Le Code, rejetant ce système, déclare le legs révoqué.

Le legs est-il révoqué par l'aliénation de la chose léguée, lorsque cette aliénation est *nulle*?

« Toute aliénation... encore *qu'elle soit nulle*, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur... » Le testateur qui a légué sa maison à Paul, en fait donation à Pierre, mais par acte sous seing privé : cette donation, *quoique nulle*, emporte la révocation du legs, et la révocation subsiste lors même que le testateur, profitant de la nullité de la donation, a repris la chose donnée. Le testateur a *voulu* aliéner; c'en est assez pour faire présumer l'intention de révoquer.

Quid, si l'aliénation est annulable pour cause de violence? Ou pour cause d'erreur?

Posons donc cette règle générale : la *volonté d'aliéner* suffit pour faire présumer l'intention de révoquer. Le testateur aliène-t-il sous l'empire de la folie ou d'une violence, cette aliénation n'emporte pas révocation du legs : car celui-là n'a pas la volonté d'aliéner qui cède à la crainte ou qui ne sait ce qu'il fait. Aliène-t-il par erreur, une distinction est nécessaire : s'il a vendu ou donné la chose léguée, croyant en aliéner une autre, le legs subsiste, car le testateur n'a pas voulu aliéner la chose léguée ; que s'il l'a donnée à Paul, croyant la donner à une autre personne, le legs est révoqué, car le testateur a eu, en fait, l'intention d'aliéner. — Les difficultés qui se rattachent à cette matière aboutissent toutes à cette question de fait : Le testateur a-t-il ou non eu l'intention d'aliéner la chose léguée ? La révocation a lieu dans le premier cas ; elle n'a pas lieu dans le second.

Quels legs sont susceptibles d'être révoqués par l'aliénation de la chose léguée?

887. — La révocation du legs par l'aliénation de la chose léguée ne s'applique pas aux legs qui ont pour objet l'universalité, ou une fraction de l'universalité des biens. L'universalité est, en effet, un être de raison qui ne change point avec les biens qui la composent : les biens peuvent être renouvelés en entier, sans qu'elle éprouve la moindre altération (voy. le n° 817). Je vous ai légué *tous mes biens ;* ma fortune était tout immobilière au moment de la confection de mon testament, elle est toute mobilière *die mortis :*

peu importe, le legs subsiste ! vous recueillerez l'universalité des biens dont se compose ma succession. — Toutefois, si, après vous avoir légué *tous mes immeubles*, je les aliène et ne laisse que des *meubles* à mon décès, ou réciproquement, le legs est alors révoqué.

§ IV. — *De la caducité des legs.*

888. — Les legs deviennent caducs :

Art. 1039 à 1043.

Dans quels cas le legs devient-il caduc?

1° *Lorsque le légataire meurt avant le testateur* (voy. le n° 833).

2° *Lorsque, ayant survécu au testateur, le légataire meurt avant la réalisation de la condition, si le legs est conditionnel* (voy. le n° 833).

Quelle différence y a-t-il, à cet égard, entre le legs à terme et le legs conditionnel?

Le légataire qui a survécu au testateur, et qui meurt avant l'échéance du terme apposé au legs, le transmet à ses héritiers : il importe donc de distinguer le legs *à terme* du legs *conditionnel*. Mais à quel signe les reconnaître ? La loi n'en indique aucun : elle ne définit ni le legs conditionnel ni le legs à terme. Confiante dans l'expérience des juges, elle leur remet la solution de la question, en leur recommandant de s'attacher à l'intention du testateur plutôt qu'au sens littéral des mots dont il s'est servi. Soit un legs conçu en ces termes : Je lègue tous mes biens à *Primus, s'il survit à Secundus*. A ne consulter que le sens grammatical des mots, le legs est conditionnel ; mais peut-être le testateur n'a-t-il voulu que suspendre l'*exécution* du legs jusqu'au décès de *Secundus*. Il se peut que, dans sa pensée, la formule qu'il a employée réponde à celle-ci : Je lègue tous mes biens à *Primus*, mais il ne pourra les recueillir qu'après la mort de *Secundus*. C'est une pure question de fait, que les juges décideront d'après les circonstances.

A quel signe reconnaîtra-t-on l'un de l'autre?

3° *Lorsque la condition à laquelle était subordonnée la validité du legs est défaillie.*

4° *Lorsque le légataire répudie le legs qui s'est ouvert dans sa personne.*

5° *Lorsqu'il est incapable de le recueillir.* — Le législateur a probablement voulu régler l'hypothèse où le légataire, qui était *Français* au moment de la confection du testament, est *étranger* au moment de la mort du testateur ; mais cette hypothèse n'est plus possible aujourd'hui, puisque les étrangers sont, comme les Français, habiles à recevoir par testament (voy. toutefois, sous le n° 582, une applic. de cette règle).

Quelle est la pensée de la loi lorsqu'elle nous dit que le legs est caduc dans le cas où le légataire est devenu incapable de le recueillir ?

6° *Par la perte de la chose léguée, arrivée du vivant du testateur.* — La chose léguée est censée périe lorsque ce qui constituait sa *substance* n'existe plus. Ce qui constitue la *substance* d'une chose, ce n'est pas tant la *matière* dont elle est composée que la *forme* qui lui est propre, qui la caractérise, et la différencie des autres choses. Lors donc que cette forme est détruite, quoique la matière dont la chose était composée subsiste et qu'elle n'ait fait que passer à une autre forme, la chose est censée périe, et le legs de cette chose est caduc : par exemple, si un testateur a légué la laine qu'il

Le legs est caduc lorsque la chose léguée a péri du vivant du testateur ; mais quand la chose est-elle réputée périe?

avait chez lui, et qu'il en ait fait des habits, le legs est éteint par l'extinction de la chose léguée. A l'inverse, tant que subsiste la forme qui caractérise essentiellement une chose et la différencie de toute autre, cette chose n'est pas censée périe, quoiqu'il ne reste plus rien de la matière dont elle était composée. Ainsi le legs d'un moulin reste valable quoique le moulin ait été, depuis le testament, si souvent réparé qu'il ne reste plus rien des anciennes parties qui le composaient : car, étant toujours restée en la forme de moulin, la chose est censée la même que celle qui a été léguée.

Mais la construction d'un bâtiment sur un terrain qui fait l'objet du legs n'empêche point que la chose léguée ne subsiste réellement, car la forme qui constitue la substance du terrain n'est pas détruite : c'est, en effet, toujours un terrain, quoiqu'il soit accidentellement occupé par un bâtiment.—Mais si, dans cette hypothèse, le legs n'est point *caduc*, n'est-il pas au moins *révoqué*? Voy. le n° 858.

La perte de la chose léguée, arrivée depuis la mort du testateur, constitue-t-elle un cas de caducité?

Quelle différence y a-t-il entre le cas où la chose léguée a péri *avant* et celui où elle a péri *depuis* la mort du testateur?

889. — Le Code présente, mais à tort, comme un cas de *caducité*, la perte de la chose léguée, arrivée *après la mort du testateur*. Dans ce cas, le legs n'est point caduc. Le légataire ne l'a-t-il pas, en effet, acquis? Or, si le legs a produit son effet, comment dire qu'il est caduc? La loi a voulu assimiler les deux cas, celui où la chose a péri *avant*, et celui où elle a péri *après* la mort du testateur, parce qu'il lui a semblé que les deux faits étaient identiques dans leurs résultats ; mais il n'en est rien. Les deux cas doivent, au contraire, être soigneusement distingués. Dans le premier, le légataire n'ayant acquis aucun droit sur la chose léguée, les accessoires de cette chose, lors même qu'ils existent, ne lui sont point dus. Dans le second, tout ce qui reste de la chose léguée lui appartient : *meum est quod ex re meâ superest*. Un officier a légué à son ami son *cheval de bataille tout harnaché* : si le cheval périt du vivant du testateur, le légataire n'a rien à réclamer, car les harnais n'étaient compris dans le legs qu'en tant qu'accessoires, et pour le cas seulement où le legs produirait son effet ; si le cheval périt après la mort du testateur, le légataire a droit aux harnais, car tout lui appartient, les harnais comme le cheval.

— Lorsque la chose a péri par le fait ou la faute de l'héritier, les art. 1245 et 1302 reçoivent leur application.

§ V. — *Des personnes qui profitent de la caducité du legs.*

Art. 1044 et 1045.

Quelles personnes profitent de la caducité du legs?

890. — La *caducité* du legs profite à ceux auxquels il aurait nui s'il eût produit son effet. De là il suit :

1° Qu'en principe, la caducité du legs profite à ceux qui auraient été obligés de l'acquitter s'il ne fût point devenu caduc. La caducité des legs particuliers profite donc, tantôt au légataire universel, tantôt au légataire à titre universel, tantôt enfin à l'héritier *ab intestat*, — quelquefois même à un légataire particulier : car, ainsi que je l'ai dit sous le n° 853, les légataires particuliers

sont, dans certains cas, chargés de l'acquittement d'un autre legs particulier.

2° Que la caducité d'un legs ne profite pas à ceux qui étaient chargés de l'acquitter, lorsque la présence du légataire auquel ce legs était adressé préjudiciait, non pas à eux-mêmes, mais à une autre personne. Cette autre personne peut être, soit un *substitué vulgaire*, soit un *colégataire*.

Profite-t-elle toujours à ceux qui eussent été obligés d'acquitter le legs s'il ne fût point devenu caduc?

Qu'est-ce qu'un substitué vulgaire ?

La *substitution vulgaire* est une disposition par laquelle, après avoir disposé au profit d'une personne, on dispose au profit d'une autre pour le cas où le premier légataire ne pourra pas ou ne voudra pas recueillir le legs dont on le gratifie. Exemple : je lègue tous mes biens à *Primus*, et, s'il ne veut pas ou s'il ne peut pas les recueillir, je les lègue à *Secundus*... Si le legs fait à *Primus* devient caduc, *Secundus* est alors appelé.

N'est-ce pas un légataire conditionnel?

Qu'en faut-il conclure?

La caducité du premier legs est l'événement futur et incertain auquel est subordonnée l'efficacité du second. La substitution vulgaire est donc un legs conditionnel : partant, le substitué doit, pour l'acquérir, survivre non-seulement au testateur, mais encore à l'événement de la condition. Ainsi, la substitution vulgaire est elle-même caduque lorsque le substitué meurt soit avant le testateur, soit même après lui, mais avant la répudiation du legs par le premier légataire.

Quelle différence y a-t-il entre la substitution vulgaire et le legs de la même chose fait *conjointement* à deux personnes?

Il ne faut pas confondre avec la substitution vulgaire le legs de la même chose fait *conjointement à deux personnes*. Dans le premier cas, le concours n'a jamais lieu entre les deux légataires : car le second légataire n'est appelé *qu'à défaut du premier*. Dans le second cas, les deux légataires sont appelés ensemble. Viennent-ils tous les deux : ils partagent. L'un d'eux fait-il défaut : le légataire resté seul prend, *par droit d'accroissement*, la chose entière.

La théorie du droit d'accroissement est difficile. Elle mérite toute notre attention.

Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers *ab intestat*, chacun d'eux a-t-il *droit à toute la succession*?

Pourquoi chacun d'eux ne prend-il qu'une fraction?

Pourquoi, si tous moins un répudient la succession, celui qui reste seul la prend-il en totalité?

891. — I. *Nature et définition du droit d'accroissement.* — Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers *ab intestat*, chacun d'eux a droit *à toute la succession ;* mais, le droit de chacun étant égal à celui des autres, le concours de ces droits rivaux amène nécessairement le partage de la succession : *concursu partes fiunt*. Que si tous ces droits, moins un, viennent à s'éteindre, celui des héritiers qui a conservé le sien prend alors toute la succession, parce qu'il n'a plus de rivaux, parce que son droit ne rencontre plus aucun obstacle. Il n'emprunte point les droits de ses cohéritiers renonçants, car ces droits sont éteints : s'il prend le tout, c'est en vertu d'un droit qui lui est propre, qui est né dans sa personne. C'est ce qu'on exprime lorsqu'on dit qu'il recueille toute la succession, non pas *jure accrescendi*, mais *jure non decrescendi*.

La même théorie n'est-elle pas applicable au cas où le testateur a légué la même chose à plusieurs personnes et à chacune en totalité?

Il en est de même des légataires auxquels le testateur a légué la même chose, et à chacun la chose entière : chacun d'eux, alors, a droit au tout. L'exécution du legs pourra ne pas répondre à la vocation qu'il attribue à chaque légataire : car, s'ils viennent tous,

l'objet légué ne pourra pas, la nature même des choses s'y oppose, être attribué *pour le tout* à chacun des ayant-droit; un partage aura lieu, et chaque légataire ne recevra qu'une fraction du legs. Mais, si l'un d'eux reste seul, ses colégataires ne lui faisant plus obstacle, la chose léguée lui revient tout entière. Son droit ne subit aucune diminution ; il le conserve intact. Il prend le tout, non pas par *droit d'accroissement*, ainsi que le dit à tort le Code, mais par *droit de non-décroissement,* c'est-à-dire parce qu'il avait droit au tout, et que rien ne s'oppose plus à ce que le droit qui lui a été conféré reçoive sa pleine et entière exécution.

Quel est le but du droit d'accroissement?
Comment peut-on définir le droit d'accroissement ?

Ainsi, le droit d'accroissement n'a pas pour but d'attribuer au légataire *plus* que le testateur n'a voulu lui léguer; son but est de ne pas lui donner *moins*. On peut donc le définir : le droit qu'a un légataire de retenir la *totalité* d'une chose dont il n'aurait eu qu'une *partie* si ses colégataires eussent accepté comme lui (1).

N'a-t-il pas pour fondement l'intention présumée du testateur?

On le voit, le droit d'accroissement repose tout entier sur l'interprétation de la volonté du testateur. Celui des colégataires qui reste seul recueille tout le bénéfice du legs lorsque le testateur est réputé lui avoir légué la chose entière.

A quels signes reconnaîtra-t-on cette intention ?
Le droit romain n'avait-il pas des règles à cet égard ?
Combien de conjonctions reconnaissait-il ?

892. — Mais dans quel cas le testateur est-il réputé avoir attribué à chacun des colégataires *vocation au tout ?* à quels signes reconnaîtra-t-on cette intention ? Le Code établit, à cet égard, certaines présomptions ; mais, pour comprendre sa théorie sur ce point, il importe de connaître préalablement la doctrine qui était encore en vigueur lorsqu'il a été fait.

Nos anciens auteurs distinguaient, d'après le dernier état du droit romain, trois espèces de *conjonctions :* 1° la conjonction *re et verbis ;* 2° la conjonction *re tantùm ;* 3° la conjonction *verbis tantùm.*

Les légataires étaient :

Quand les légataires étaient-ils conjoints *re et verbis?*

1° Conjoints *re et verbis,* lorsque le testateur avait légué *la même chose* à plusieurs personnes par une seule et *même disposition,* c'est-dire par une seule et *même phrase* et *sans désignation de parts.* Exemple. *Je lègue ma maison* A *à Primus et à Secundus.* Les légataires sont conjoints *re*, car la même chose a été attribuée à l'un et à l'autre; *verbis*, car ils sont tous appelés par la même phrase.

Quand l'étaient-ils *re tantùm?*

2° Conjoints *re tantùm*, lorsqu'il avait légué la même chose à plusieurs personnes, par des phrases distinctes et séparées. Exemple. *Je lègue ma maison* A *à Primus*, et plus loin : *Je lègue ma maison* A *à Secundus. Primus* et *Secundus* sont conjoints *re,* puisque la même chose est léguée à chacun d'eux; ils ne le sont point *verbis*, puisqu'ils sont appelés par des phrases distinctes et séparées.

Par *même chose* j'entends *même corps certain :* car, si le testateur a légué *séparément* à plusieurs légataires des quantités égales, par exemple, 1,000 fr. à *Primus*, 1,000 fr. à *Secundus*, il n'existe

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 325; Val.; Marc., art. 1044 et 1045. — *Contrà* M. Colm. de S., t. IV, n° 199 *bis*, II.

entre eux aucune conjonction. Il en est de même lorsqu'il a légué *séparément* à plusieurs un même genre, par exemple : un cheval à *Primus*, un cheval à *Secundus*. Dans l'un et l'autre cas, les deux legs s'exécutent cumulativement, et chacun pour le tout : chaque légataire reçoit ce qui lui a été légué. Si l'un d'eux manque, l'héritier, déchargé de l'un des deux legs, doit l'autre en totalité.

Quand l'étaient-ils *verbis tantùm* ?

3° Conjoints *verbis tantùm*, lorsque le testateur avait légué la même chose à plusieurs par une seule et même phrase, mais *avec désignation de parts*. Exemple : *Je lègue ma maison* A *à Primus et à Secundus, à chacun pour moitié.*

L'accroissement avait-il lieu dans la conjonction *re et verbis* ?

Quid, dans la conjonction *re tantùm* ?

Quid, dans la conjonction *verbis tantùm* ?

892 *bis*. — Qu'arrivera-t-il dans ces trois hypothèses si l'un des deux légataires manque, si, par exemple, *Secundus* renonce? La part qu'il aurait prise, s'il eût accepté, passera-t-elle *aux débiteurs du legs*? Restera-t-elle, au contraire, à son colégataire, à *Primus*? En d'autres termes, y a-t-il ou n'y a-t-il point lieu au droit d'accroissement ?

La loi romaine distinguait.

Les légataires étaient-ils conjoints *re tantùm* : la maison A restait, *jure non decrescendi*, tout entière à *Primus*.

Etaient-ils conjoints *re et verbis* : la maison restait pour le tout à *Primus*, mais alors *jure accrescendi*.

Etaient-ils conjoints *verbis tantùm* : le légataire resté seul n'avait droit qu'à la fraction qui lui avait été léguée : car le testateur avait limité et restreint à cette fraction l'étendue de la libéralité qu'il avait entendu lui faire (1).

893. — Passons au système du Code.

Quelle conjonction règle l'art. 1044 ?

L'accroissement a-t-il lieu dans la conjonction *re et verbis*?

Quid, dans le cas de la conjonction *verbis tantùm*?

L'art. 1044 règle, tout à la fois, la conjonction *re et verbis* et la conjonction *verbis tantùm*. Il y est dit, en effet, que l'accroissement a lieu, c'est-à-dire que le colégataire resté seul prend la chose entière, lorsqu'elle a été léguée *par une seule et même disposition*, et *sans désignation de parts* ; d'où il suit *à contrario* qu'il n'y a pas lieu à accroissement, que le colégataire resté seul n'a droit qu'à une fraction de la chose qui fait l'objet du legs, si elle a été léguée par une même disposition, mais *avec assignation de parts*. Ainsi, les légataires sont-ils conjoints *re et verbis* : l'accroissement a lieu. Sont-ils conjoints *verbis tantùm* : il n'y a pas lieu à accroissement.

N'est-ce pas la conjonction *re tantùm* que prévoit l'art. 1045?

L'accroissement a-t-il lieu dans ce cas ?

La distinction que le Code fait à ce sujet est-elle rationnelle?

L'art. 1045 règle la conjonction *re tantùm*. Il est ainsi conçu : « Le legs est encore réputé fait *conjointement* (c'est-à-dire il y a encore lieu au droit d'accroissement) quand une chose *qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration* a été donnée par le *même acte* (c'est-à-dire *par le même testament*) (2) à plusieurs,

(1) Comp. le *Cours élémentaire de dr. rom.* par M. Demangeat, t. I, p. 719 et suiv. (2e édition).

(2) Lorsque les deux legs ne sont pas écrits dans le *même testament*, le premier est tacitement révoqué par le second. Cependant les juges peuvent décider en fait que le testateur, en faisant le second legs, a entendu, non pas

même séparément (c'est-à-dire par des phrases distinctes et séparées). »

Voici donc le système du Code :

1° Conjonction RE *et* VERBIS. — *L'accroissement* a lieu : le colégataire resté seul prend la chose entière.

2° Conjonction *verbis tantùm*. — Il n'y a pas lieu au droit d'accroissement : le colégataire resté seul ne recueille que la fraction qui lui a été léguée.

3° Conjonction *re tantùm*. — La loi distingue si la chose léguée *est ou n'est point susceptible d'être divisée sans détérioration*. Au premier cas, l'accroissement n'a pas lieu : le colégataire resté seul n'a droit qu'à une fraction. Il a lieu au second : le colégataire resté seul conserve tout ce qui lui a été légué, la chose entière.

894.—Ce système du Code est peu rationnel. Il a été l'objet des plus vives critiques.

Lorsqu'une chose, *qu'elle soit ou non susceptible d'être divisée sans détérioration*, a été léguée à plusieurs personnes *par une seule et même phrase*, la loi présume que le testateur a entendu léguer la chose entière à chacun des colégataires. Or, s'il en est ainsi dans cette hypothèse, à bien plus forte raison devrait-il en être de même lorsque la chose a été léguée à chacun des légataires *séparément*, par des phrases distinctes. Il est, en effet, plus qu'évident que le testateur qui, après avoir légué sa maison à *Primus*, la lègue ensuite à *Secundus*, l'a léguée deux fois, et chaque fois *en totalité*. L'intention d'appeler chaque légataire à la chose entière ressort, dans ce cas, avec bien plus de force que dans celui où le testateur a légué la même chose à *Primus* et à *Secundus* par une seule et même phrase.

La distinction que le Code fait entre le cas où la chose est susceptible d'être divisée sans détérioration et celui où elle ne l'est pas, est vraiment puérile. Quoi! si la maison que j'ai léguée séparément à *Primus* et à *Secundus* ne peut pas être facilement partagée, le testateur sera réputé l'avoir donnée tout entière à chacun des légataires, tandis que, si elle est construite de telle manière qu'on puisse la partager sans détérioration, il sera réputé n'avoir voulu léguer qu'une fraction à chacun des légataires! Bizarre législation qui détermine l'étendue d'une libéralité, non pas d'après l'intention du testateur, mais d'après la qualité, la nature ou la forme de la chose léguée! Si cette distinction est logique, si elle est décisive, pourquoi ne l'avoir faite que pour le cas de la conjonction *re tantùm*?

Il semble que le législateur se soit dit : Les légataires conjoints *re et verbis* sont *plus* conjoints que les légataires conjoints *re tantùm* : donc ils doivent être traités plus favorablement. L'influence

retirer au premier légataire la chose qu'il lui a léguée, mais lui donner un colégataire. Dans ce cas, notre article recevrait son application (voy. le n° 883).

des mots l'a emporté sur le simple bon sens. Quoi qu'il en soit, *la loi est formelle* (1).

L'assignation de parts faite par le testateur empêche-t-elle toujours le droit d'accroissement?

895. — *Questions controversées.* — I. *L'assignation de parts, faite par le testateur, empêche-t-elle toujours le droit d'accroissement?* — Quelques personnes font dépendre la solution de cette question de la place qu'occupe dans le legs l'assignation des parts. Est-elle écrite dans la *disposition même :* il n'y a pas lieu au droit d'accroissement. L'est-elle dans la partie du testament où le testateur a réglé l'*exécution* du legs : l'accroissement a lieu. J'ai légué ma maison A à *Primus* et à *Secundus, à chacun pour moitié :* l'assignation des parts étant écrite dans la disposition elle-même, chaque légataire n'est appelé qu'à une *fraction* de la chose léguée ; l'accroissement n'a pas lieu. J'ai légué *ma maison* A *à Primus et à Secundus ;* j'ai ensuite ajouté, *ils la partageront par moitié.* L'assignation porte non pas sur les legs, mais seulement sur leur exécution. La maison A a été léguée entière à chaque légataire : car, en ajoutant cette clause subsidiaire : *les légataires partageront par moitié*, je n'ai eu d'autre but que de régler ce qui arrivera dans le cas où les légataires concourront. Si donc l'un d'eux manque, celui qui restera seul conservera tout ce qui lui a été légué, la maison entière.

Cette distinction n'est-elle pas un peu arbitraire? Elle n'était

(1) MM. Dur., t. IX, n° 510; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 327; Marc., art. 1044 et 1045 ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 204-205. — M. Proudhon, frappé de la bizarrerie de ce système, s'est efforcé d'expliquer dans un autre sens les art. 1044 et 1045. Voici sa thèse :

M. Proudhon n'a-t-il pas proposé une explication qui, si elle était admise, donnerait à l'art. 1045 un sens raisonnable?

Cette explication doit-elle être admise ?

Lorsque les légataires sont conjoints *re tantùm*, il est de toute évidence que celui des colégataires qui reste seul a droit à tout ce qui lui a été légué, c'est-à-dire à la chose entière. Aucun doute n'était possible en ce cas : aussi le Code ne s'en est-il point occupé. Les art. 1044 et 1045 n'ont trait qu'à la conjonction *re et verbis* et à la conjonction *verbis tantùm*. Si les colégataires sont conjoints *re et verbis*, l'accroissement n'a pas lieu. Telle est la théorie de l'art. 1044; mais elle est modifiée par le tempérament qu'a introduit l'art. 1045 : lorsque la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, l'accroissement a lieu, même dans le cas de la conjonction *verbis tantùm*. L'art. 1045 doit être, en effet, ainsi traduit : « Le legs sera encore réputé fait conjointement quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration aura été léguée par le *même acte* (c'est-à-dire par la même phrase), à plusieurs personnes, *même séparément* (c'est-à-dire *même avec assignation de parts*). »

Cette explication, quoique fort ingénieuse, n'a convaincu personne. On ne peut la justifier qu'en torturant les textes, en substituant aux formules de la loi une rédaction purement arbitraire. Le mot *séparément*, dont se sert l'article 1045, fait antithèse au mot *conjointement*, employé dans l'art. 1044; or, les mots : legs fait *conjointement*, la loi le dit elle-même, signifient : « legs fait par une seule et même phrase. » Donc la formule : legs fait séparément... est synonyme de celle-ci : legs fait par des phrases distinctes et séparées! Qui d'ailleurs croira jamais que les mots « même *acte*, » soient employés comme synonymes de ceux-ci : « même *phrase* » ?

— M. Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis*, II-IV, écarte l'explication de Proudhon : sur ce point il se range à l'opinion générale. Mais, au lieu de critiquer la loi, il s'attache à montrer que ses solutions ne méritent nullement les reproches qu'on leur adresse.

pas admise dans notre ancienne jurisprudence. Pothier, adoptant l'avis de Cujas sur ce point, la rejetait formellement. Le Code ne l'ayant pas non plus reproduite, ce qu'il y a de mieux à faire en cette matière, c'est d'abandonner la solution de cette question aux juges, qui admettront ou rejetteront le droit d'accroissement, suivant qu'il résultera, soit des termes mêmes du legs, soit des autres clauses du testament, soit aussi de toute autre circonstance, que le testateur a entendu léguer à chaque légataire la chose entière, ou seulement des fractions (1).

Le droit d'accroissement a-t-il lieu, 1° lorsque le testateur a légué la même chose avec désignation de *parts matérielles*? 2° Lorsqu'il a légué des fractions aliquotes, mais *inégales*?

896. — M. Duranton pense que le droit d'accroissement ne peut jamais avoir lieu :

1° Lorsque le testateur a légué la même chose, avec assignation *de parts matérielles*, comme lorsqu'il a dit : Je lègue à *Primus* et à *Secundus* ma terre de..., à *Primus* la partie à droite de la route, et à *Secundus* la partie à gauche. Il y a alors deux legs bien distincts. Le droit d'accroissement n'est point possible en pareil cas.

2° Lorsqu'il a légué des fractions aliquotes, mais *inégales*, comme lorsqu'il a dit : Je lègue ma terre de... à *Primus* et à *Secundus*, à *Primus* pour un quart, à *Secundus* pour les autres trois quarts. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que chaque légataire a droit au tout, puisque l'un d'eux a reçu un droit inférieur à celui qui a été attribué à l'autre.

Ces solutions *à priori* me semblent dangereuses. Je préfère, je le répète, abandonner la solution de ces questions à l'appréciation des tribunaux, qui les décideront en fait.

Les art. 1044 et 1045 sont-ils applicables aux legs universels et à titre universel?

897. — II. *Les art.* 1044 et 1045 *sont-ils applicables aux legs universels et à titre universel?* — Si l'on résout cette question affirmativement, il faudra dire que l'accroissement n'a *jamais* lieu entre légataires universels conjoints *re tantùm* : car une universalité de biens est *toujours* susceptible d'être divisée sans détérioration. Un résultat aussi déplorable ne saurait être admis qu'en présence d'une loi explicite et bien positive. Or, l'autorité historique et le texte même de nos articles nous montrent suffisamment qu'ils n'ont trait qu'aux *legs particuliers*. Ils ont été, en effet, copiés dans Pothier, qui, à l'exemple des Romains, ne traitait du droit d'accroissement qu'à l'occasion des legs de choses particulières, et il n'est pas probable que le Code ait entendu innover sur ce point. Comme Pothier, il suppose toujours le legs d'*une même chose*, ce qui ne peut guère s'entendre du legs d'une *même universalité*. Le mot *même*, appliqué à l'universalité des biens, n'aurait pas de sens : car il est plus qu'évident que le testateur n'a toujours qu'une seule et même universalité de biens (2).

Ainsi, lorsque le testateur a dit : Je lègue tous mes biens à

(1) MM. Val.; Marc., art. 1044 et 1045; Colm. de S., n° 199 *bis*, VI. — *Contrà*, MM. Dur., t. IX, n° 505-507; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 202-203.

(2) M. Val. — *Contrà*, M. Colm. de S., t. IV, n° 199 *bis*, VII. Consultez aussi MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 206-207.

Primus, et plus bas : Je lègue tous mes biens à *Secundus ;* — ou : Je lègue tous mes biens *à Primus et à Secundus* ; — ou enfin : Je lègue tous mes biens *à Primus et à Secundus, à chacun pour moitié ;* — les juges ont à décider, en fait, s'il a voulu faire deux legs *universels*, ou deux legs *à titre universel*. Dans le premier cas, l'accroissement a lieu ; il n'a pas lieu dans le second (voy. les nos 815 et 816).

L'accroissement entre colégataires usufruitiers a-t-il lieu même après que le legs a été recueilli par chacun des colégataires ?

898. — III. *L'accroissement entre colégataires d'*USUFRUIT *a-t-il lieu, même après que le legs a été recueilli par chacun des colégataires ?* — J'ai légué à *Primus* et à *Secundus* un droit d'usufruit sur ma maison ; *Primus* et *Secundus* me survivent et acceptent l'un et l'autre : si *Secundus* vient à mourir du vivant de *Primus*, sa part accroîtra-t-elle à ce dernier ? Fera-t-elle, au contraire, retour à la nue-propriété ?

PREMIER SYSTÈME. Elle fera retour à la nue-propriété. C'est, en effet, à l'occasion de la *caducité* des legs que le Code s'occupe du droit d'accroissement ; or, dans l'espèce, chaque legs *a produit son effet*, chaque légataire a acquis le droit qui lui était attribué. La *caducité* du legs n'est plus possible : dès lors, tout est réglé définitivement pour chaque légataire (1).

899. — DEUXIÈME SYSTÈME. Le légataire resté seul conserve l'usufruit tout entier. Le droit d'accroissement est, en effet, fondé sur le *droit au tout*, attribué par le testateur à chacun des légataires. S'ils viennent tous, chacun souffre, en fait, une diminution dans son droit ; que si, au contraire, l'un d'eux vient seul, son droit reste intact. Le droit d'accroissement doit donc nécessairement s'ouvrir toutes les fois que l'obstacle qui s'opposait à l'exécution du legs a cessé.

Cet obstacle est *perpétuel*, lorsque les légataires sont conjoints *quant à la pleine propriété* et qu'ils ont tous accepté. Il est perpétuel alors, parce que, chaque légataire transférant à ses héritiers son droit de propriété, il n'est pas possible que l'un des colégataires reste seul : il aura toujours un colégataire, celui qui a été institué avec lui, ou ses héritiers.

Il n'en est pas de même lorsqu'ils sont colégataires *quant à l'usufruit*. L'obstacle n'est plus *perpétuel* alors : car le droit attribué à chacun peut cesser chez l'un d'eux, même après qu'il a été accepté par tous. On sait, en effet, que le droit d'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. Si donc l'un des colégataires meurt, celui qui lui survit n'a plus de colégataire, l'obstacle qui s'opposait à ce que son legs reçût sa pleine et entière exécution a cessé : il doit conserver alors tout ce qui lui a été légué, c'est-à-dire l'usufruit de la chose entière (2).

Le colégataire qui profite du droit d'accroissement est-il te-

900. — *Le colégataire qui profite du droit d'accroissemen est-il*

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 325 ; Colm. de S., t. IV n° 199 *bis* VIII ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 210.

(2) MM. Val. ; Marc., art. 1045.

nu des charges que le testateur a imposées au légataire défaillant ?

tenu des charges que le testateur a imposées au légataire défaillant?

— Le testateur a légué sa maison à *Primus* et à *Secundus*, mais à la charge, par *Secundus*, de payer 10,000 fr. qu'il doit à Paul; *Secundus* répudie le legs : *Primus*, qui prend la maison tout entière, est-il tenu de payer la dette dont le testateur était tenu envers Paul ?

En droit romain, l'accroissement se faisait *cum onere* lorsque les légataires étaient conjoints *re et verbis; sine onere*, lorsqu'ils étaient conjoints *re tantum*. Pothier, d'après Ricard, rapporte que cette distinction n'était pas suivie dans notre ancienne jurisprudence : l'accroissement avait *toujours* lieu *cum onere*. C'est à cette dernière opinion qu'il faut, je crois, s'en tenir. Rien n'indique que les rédacteurs du Code aient entendu s'écarter du sentiment de Pothier et de Ricard. L'opinion de ces jurisconsultes est d'ailleurs fort rationnelle. *Primus* ne peut pas recevoir à lui seul plus qu'il n'a été attribué aux légataires. Or, c'est ce qui arriverait si l'accroissement avait lieu *sine onere*. Dans la pensée du testateur, la maison qu'il lègue est affectée au paiement de l'une de ses dettes : c'est un allégement, une compensation, qu'il accorde à ses héritiers *ab intestat*. Ceux-ci ne peuvent pas être dépouillés de ce bénéfice, sous prétexte que l'un des colégataires est resté seul. S'il est juste que la caducité ne leur profite pas, il est plus juste encore qu'elle ne leur nuise point (1).

§. VI. — *De la révocation encourue par le fait du légataire.*

Art. 1046 et 1047.

Les legs sont-ils, comme les donations, révocables pour cause de survenance d'enfant ?

Les autres causes de révocation des donations sont-elles applicables aux legs ?

Quid, du refus d'aliments ?

Quid, de l'injure grave faite à la mémoire du testateur ?

901.—Le testament n'est point, comme la donation, révocable pour cause de survenance d'enfant. Un homme qui n'a aucun enfant vivant, mais dont la femme est enceinte, fait son testament et meurt dans l'ignorance de la grossesse de sa femme : le testament qu'il a fait reste valable, quoique l'enfant dont sa femme était enceinte naisse vivant et viable. Cette solution est regrettable, je le reconnais; mais les causes de révocation ne s'étendent point par analogie, et la loi, par oubli sans doute, n'a point rangé la survenance d'enfant parmi les causes de révocation des legs.

Mais, de même que la donation, les legs sont révocables pour cause : 1° d'inexécution des conditions; 2° d'ingratitude.

Toutefois, remarquez :

1° Que le refus d'aliments n'est pas ici, comme en matière de donations, mis au nombre des faits qui constituent l'ingratitude. On comprend, au reste, pourquoi la loi le passe sous silence : l'obligation de fournir des aliments ne peut pas précéder le service reçu; or, quand le légataire acquiert le bénéfice dont il a été gratifié, son bienfaiteur a cessé de vivre.

2° Que l'injure grave faite à la mémoire du donateur ne révo-

(1) MM. Val.; Colm. de S., n° 109 *bis*, XI. — *Contrà*, MM. Dur., t. IX, n° 516; Zach, Aubry et Rau, t. IV, p. 208; Marc., art. 1045.

que point la donation (voy. le n° 746), tandis que l'injure grave faite à la mémoire du testateur révoque le legs.

Dans quel délai doit être intentée l'action en révocation d'un legs lorsqu'elle est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du défunt?

902. — L'action en révocation, lorsqu'elle est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du défunt, doit être intentée *dans l'année du délit*. Mais quel est le point de départ de cette année ? Est-ce le jour même du délit, ou le jour où les héritiers du testateur en ont eu connaissance ? C'est, je crois, au dernier parti qu'il faut s'en tenir. J'applique ici, par analogie, ce que j'ai dit sur l'art. 957 (voy. le n° 741).

L'action en révocation fondée sur l'ingratitude du légataire passe-t-elle aux héritiers du testateur? Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

— Lorsque le fait d'ingratitude s'est passé du vivant du testateur, celui-ci peut pardonner l'offense qu'il a reçue. S'il laisse passer plus d'un an sans révoquer son testament, le pardon se présume (art. 957, arg. d'anal.). L'action en révocation ne passe donc à ses héritiers qu'autant qu'il est mort dans l'ignorance du délit ou dans l'année à partir du jour où il en a eu connaissance.

Toutefois, lorsque le légataire a donné ou tenté de donner la mort au testateur, l'action en révocation dure autant que l'action publique, c'est-à-dire dix ans. Cela résulte, de la manière la plus formelle, de la discussion qui s'est engagée, au Conseil d'État, sur ce cas particulier.

CHAPITRE VI. — DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR SOIT DES PETITS-ENFANTS DU DISPOSANT, SOIT DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS, — OU, PLUS GÉNÉRALEMENT, DES SUBSTITUTIONS.

18e *Répétition*

Art. 896 et 897.

903. — « Les SUBSTITUTIONS sont prohibées. »

Les substitutions sont-elles permises? Quelles sont les dispositions que le Code prohibe sous le nom de *substitutions*?

Cette règle, quoique fort simple en apparence, donne lieu aux plus graves difficultés. Et d'abord, quelles sont les *substitutions* que le Code a entendu prohiber ? On sait que le droit romain reconnaissait trois espèces de substitutions : la *vulgaire*, la *pupillaire* et la *quasi-pupillaire*. Est-ce l'une ou l'autre de ces substitutions qu'a entendu prohiber le Code ?

Ce n'est pas la *vulgaire* : car il la permet et l'autorise expressément dans l'art. 898. Ce n'est pas non plus la *pupillaire* ou *quasi-pupillaire* : car, on le conçoit, la loi n'a pas besoin de défendre de tester pour autrui, le silence de la loi à cet égard équivaut à prohibition. — Quelle institution est donc prohibée sous le nom de *substitution?* L'histoire de notre droit va nous l'apprendre. Les dispositions que les Romains appelaient *fidéicommis* passèrent dans notre droit sous la dénomination de *substitutions fidéicommissaires*. Dans un intérêt de brièveté de langage, le mot *fidéicommissaires* disparut bientôt ; il ne resta plus que le mot *substitutions*. Ce sont ces substitutions que le Code prohibe.

§ I. — *Tableau historique des fidéicommis.*

Qu'est-ce qu'un *fidéicommis?*

904. — I. *Droit romain.* — Le fidéicommis est une disposition

Dans quel but les fidéicommis furent-ils imaginés en droit romain?

par laquelle, après avoir disposé au profit d'une personne, on la charge de restituer les biens qu'on lui attribue à une autre personne désignée.

Ce fut d'abord pour les citoyens un moyen indirect d'éluder la rigueur des lois sur la capacité de recevoir par testament. Le testateur voulait-il tester au profit d'un *peregrinus*, son ami, son bienfaiteur peut-être, d'un proscrit : il ne le pouvait pas directement. Que faisait-il alors ? Il instituait pour héritier direct une personne avec laquelle il avait faction de testament et en laquelle il avait confiance, *la priant* de restituer les biens qu'il lui attribuait à l'incapable qu'il désirait gratifier. — Ces dispositions *précatives* n'eurent, dans le principe, aucune sanction légale : elles ne devinrent *obligatoires* que sous Auguste (1).

Dans quel but furent-ils introduits en France?

La substitution *fidéicommissaire* ne suppose-t-elle pas le concours de plusieurs personnes?

905. — II. *Ancien droit français.* — Les *fidéicommis* passent dans notre droit, mais sous un autre nom et dans un autre but. On les appelle *substitutions fidéicommissaires*, ou, plus brièvement, *substitutions*.

La *substitution* suppose un concours de trois personnes : le *disposant*, c'est-à-dire le *donateur* ou le *testateur* ; le *grevé* (*fiduciaire* en droit romain), celui qui reçoit à la charge de rendre ; l'*appelé* (le *fidéicommissaire* en droit romain), celui qui doit profiter de la restitution.

Ne comprend-elle point deux dispositions?

Elle comprend deux dispositions : l'une sous condition *résolutoire*, l'autre sous condition *suspensive*. Le *grevé* acquiert, sur les biens dont le disposant le gratifie, un droit de propriété ; mais ce droit n'est pas irrévocable : il est soumis à cette condition résolutoire, *si l'appelé survit au grevé*. Cette condition, qui est *résolutoire* quant au *grevé*, est *suspensive* quant à l'*appelé* : celui-ci, tant que vit le grevé, n'a qu'un droit *éventuel* ou conditionnel.

Quelle est la nature de chacune d'elles? Quelles conséquences résultent du principe que le grevé est propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé sous condition suspensive?

La condition à laquelle est subordonné le droit du *grevé* vient-elle à se réaliser, un double effet est produit : *le grevé* cesse d'être propriétaire, *l'appelé* le devient. Ce double effet est *rétroactif*. La propriété des biens compris dans la disposition est réputée n'avoir jamais reposé sur la tête du *grevé* ; *l'appelé*, qui en est maintenant investi, est réputé la tenir, non pas du *grevé*, mais du *disposant* lui-même. De là cette double conséquence :

1° L'*appelé*, s'il succède au *grevé*, peut renoncer à sa succession quand elle est mauvaise, et s'en tenir aux biens compris dans le *fidéicommis* ;

2° Il les acquiert, en principe, francs et quittes de tous les droits de propriété, de servitude ou d'hypothèque, qui pesaient sur eux du chef du *grevé* (voy. les nos 929-937).

Vient-elle à manquer, c'est-à-dire *l'appelé* meurt-il avant le *grevé* : le *fidéicommis* est caduc, la propriété se trouve alors consolidée sur la tête du *grevé*. Les charges, servitudes ou hypothèques, acquises de son chef sur les biens compris dans le *fidéicommis*,

(1) Voy. MM. Ortolan, t. II, p. 642 et s. ; Demangeat, t. I, p. 772.

les aliénations qu'il a faites, sont désormais à l'abri de toute résolution.

Comment divisait-on autrefois les substitutions ?

906. — Les substitutions sont *simples* ou *graduelles*.

Qu'était-ce qu'une substitution *simple* ?

Les *simples* sont celles qui ne comprennent qu'une restitution à faire. Exemple : Je lègue tous mes biens à *Primus ;* il les rendra à sa mort à *Secundus*.

Une substitution *graduelle* ?

Les *graduelles* sont celles qui comprennent plusieurs restitutions à faire. Exemple : Je lègue tous mes biens à *Primus ;* il les rendra à sa mort à *Secundus*, qui, à sa mort, les rendra à *Tertius*. Dans la substitution graduelle, le premier *appelé* joue le rôle de *grevé* par rapport au second. Celui-ci peut être *grevé* par rapport à un troisième appelé, car la substitution peut comprendre plusieurs degrés de restitution.

Combien de degrés pouvaient être compris dans une substitution ?

Mais combien peut-elle en comprendre ? La charge de restituer peut-elle être imposée sans limite ? A l'origine de cette institution, la volonté du disposant est la seule règle à suivre : la substitution peut comprendre *autant de degrés qu'il le désire*. Mais, dans le dernier état du droit, on la trouve limitée *à deux degrés, non compris l'institution*. — Cette limite eut pour objet de prévenir les procès que faisait naître la difficulté qu'il y avait, lorsqu'on en était à la 5e, 6e, 10e... restitution, à démêler les biens compris dans le *fidéicommis* des autres biens du grevé.

Les substitutions furent-elles maintenues par le droit révolutionnaire ?

907. — III. *Droit intermédiaire ou révolutionnaire*. — La loi du 14 novembre 1792 abroge, pour l'avenir, l'usage des substitutions simples ou graduelles ; elle fait plus : elle déclare nulles et non avenues toutes les substitutions antérieures à 1792 et qui n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa promulgation.

Quels motifs les firent prohiber ?

— Les substitutions ont été prohibées :

1° *Parce qu'elles étaient contraires au principe d'égalité qui est la base de notre constitution politique*. On sait, en effet, qu'elles furent organisées dans le but de conserver ce qu'on appelait autrefois les *grandes familles*, en perpétuant dans les aînés *la splendeur du nom*. Un père léguait tous ses biens à son fils, sous cette modalité : Vous les conserverez jusqu'à votre mort ; vous mort, les biens passeront, non pas à tous vos enfants, mais à votre fils aîné, lequel devra également les conserver et les rendre à son fils aîné. Le dernier appelé faisait pour sa postérité ce que ses ancêtres avaient fait pour lui-même. Les biens s'accumulaient ainsi de génération en génération sur une seule tête. La Révolution tendit, au contraire, à diviser le plus possible la propriété : elle dut, par conséquent, prohiber les substitutions.

2° *Parce qu'elles donnaient à chaque personne la faculté d'établir un ordre légal de succession particulier à sa famille*... Elles lui permettaient, en effet, d'indiquer, selon son caprice, et dans l'avenir, ceux de ses descendants qui succéderaient aux biens compris dans la substitution. Chaque particulier, devenu législateur, réglementait comme il l'entendait l'état et la condition de sa famille. Un

droit aussi exorbitant était trop directement contraire à l'ordre public pour être conservé (1) !

3° *Parce qu'elles étaient*, Napoléon en faisait lui-même la remarque, *immorales et contraires aux bonnes mœurs*... Elles tenaient dans un état misérable les enfants du même père, pour donner à un seul l'éclat de l'or et de la fortune ! Elles mettaient, dans le cœur du père, l'orgueil du nom au lieu de l'amour paternel, et détruisaient la famille en introduisant entre les enfants des ferments éternels de discorde et de haine.

4° *Parce qu'elles entravaient la circulation et l'amélioration des biens, en même temps qu'elles portaient atteinte au crédit public*... Le grevé, qui n'avait sur les biens compris dans le fidéicommis qu'une propriété révocable, ne pouvait constituer sur eux que des droits révocables comme le sien. Aussi les tiers qui avaient connaissance de la substitution refusaient-ils de se mettre en relation d'affaires avec le grevé : on n'achète point, quand on n'est pas sûr de conserver la chose qu'on voudrait acquérir, et personne ne se contente d'une hypothèque révocable ! De là une diminution de revenus pour l'État : car, moins les mutations de biens sont nombreuses, moins nombreux sont les droits de mutation à percevoir. De là aussi un obstacle à la prospérité du commerce : car les grevés, qui n'avaient à offrir que des hypothèques révocables, trouvaient difficilement les capitaux dont ils avaient besoin pour entreprendre de grandes affaires. De là enfin un obstacle à l'amélioration des biens : car tous les efforts des grevés tendaient uniquement à anticiper et à multiplier les produits qu'ils pouvaient retirer des biens qu'ils étaient chargés de rendre. Quant aux tiers qui, dans l'ignorance du fidéicommis, traitaient avec le grevé, ils étaient le plus souvent indignement sacrifiés. L'appelé renonçait à la succession du grevé et s'en tenait aux biens substitués, lesquels étaient francs et quittes de toutes dettes, charges et hypothèques, consenties par le défunt. Les créanciers, qui avaient cru traiter avec un grand propriétaire, ne trouvaient, à sa mort, qu'un débiteur complétement insolvable !

Le Code a maintenu la prohibition : faut-il en conclure que toute libéralité qui contient

908. — IV. *Système du Code.* — Les rédacteurs du Code ont maintenu, mais sous certaines exceptions, le principe consacré par la loi de 1792. Voyons d'abord le principe.

(1) Des écrivains politiques revendiquent, au nom de la liberté, le droit pour le père de famille de faire telles substitutions qu'il lui plaira. Cette prétention nous afflige autant qu'elle nous étonne. La loi qui défend les substitutions est-elle donc une atteinte à la liberté individuelle ? Non ! elle la protége, au contraire, et l'assure. Que serait-ce, en effet, que cette liberté qu'on revendique pour le père, si ce n'est *la servitude pour sa postérité ou pour une série indéfinie de successeurs* ? En même temps qu'il ferait propriétaires les représentants qu'il se donnerait, il les déshériterait de l'attribut le plus essentiel de la propriété, du droit de disposer. Or, quelqu'un admettra-t-il que la liberté des générations futures puisse être ainsi détruite au profit des caprices et de la vanité de la génération présente ? (M. Bertauld, *Revue pratique*, t. XII, p. 468.)

« Les substitutions sont prohibées. »

Faut-il conclure de cette prohibition que toute disposition par laquelle le testateur ou le donateur a imposé à son légataire ou donataire l'obligation de conserver et de rendre à un tiers désigné est prohibée ?

la charge de conserver et de rendre à une autre personne désignée est nulle? — Le legs conditionne n'impose-t-il pas à celui qui doit l'exécuter l'obligation de conserver et de rendre la chose léguée?

Nous devrions répondre affirmativement, si nous nous attachions à la généralité des termes de la prohibition, et surtout à cette seconde phrase de l'art. 896 : « *Toute* disposition par laquelle le donataire ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers *sera nulle.* »

La donation d'un domaine avec charge pour le donataire de rendre à un tiers, quand il aura atteint tel âge, un des objets compris dans la donation, renferme-t-elle une substitution prohibée ?

Mais, en interprétant l'art. 896 dans un sens aussi absolu, nous nous mettrions en contradiction manifeste avec deux autres articles de notre Code, l'art. 1040 et l'art. 1121. Il résulte, en effet, de ces deux textes qu'un légataire ou un donataire peut être très-valablement chargé de conserver les biens dont on le gratifie, et de les rendre à un tiers désigné. Aux termes du premier, un legs peut être fait sous condition suspensive; or, dans cette hypothèse, le débiteur du legs, et ce débiteur peut être un autre légataire, est tenu de *conserver*, jusqu'à la realisation de la condition, la chose qui fait l'objet du legs conditionnel, et de la rendre, à cette époque, au légataire. Exemple. Je lègue tous mes biens à *Primus; Secundus* aura ma maison, *si tel évenement arrive : Primus* devra, dans ce cas, conserver la maison jusqu'à ce que l'événement se soit réalisé, et la rendre, à cette époque, à *Secundus*.

L'art. 1121 contient une théorie analogue. Je puis donner mon domaine à *Primus*, mais à la charge par lui de rendre à *Secundus*, quand il aura atteint l'âge de vingt-cinq ans, la prairie qui fait partie de mon domaine. Cette convention, qui est valable, contient, pour le donataire, charge de conserver une portion des biens dont je l'ai gratifié, et de la rendre à *Secundus* quand il aura atteint sa vingt-cinquième année.

En quel sens faut-il donc entendre la règle que les substitutions sont prohibées?

Voilà donc deux cas où la loi valide la disposition faite avec charge, pour le légataire ou le donataire, de conserver et de rendre à un tiers désigné. Que devient alors la prohibition écrite dans l'art. 896? En quel sens faut-il l'entendre?

En d'autres termes, quelles substitutions sont prohibées? Quelles substitutions ne le sont point? A quels signes ou caractères les reconnaîtra-t-on les unes des autres?

Elle n'a pas, nous venons de le démontrer, toute l'étendue que comporte la généralité de ses termes. Le Code a voulu, cela résulte très-clairement des discussions qui ont eu lieu à ce sujet au Conseil d'État, prohiber, non pas toutes les substitutions, mais seulement celles par lesquelles la personne impose à son légataire ou donataire direct l'obligation de conserver *jusqu'à sa mort* les biens qu'elle lui donne ou qu'elle lui lègue, et de les rendre, *à cette époque*, à un tiers désigné, *si ce tiers est alors capable de le recevoir*.

909. — Voici, dès lors, les caractères distinctifs de la substitution prohibée : 1° charge de conserver *jusqu'à la mort du grevé;* 2° obligation de rendre, *à cette époque*, à l'appelé, *s'il est alors capable de*

recevoir. Toute disposition qui renferme ces éléments est nulle; en l'absence de l'un d'eux, elle est valable.

Une observation bien simple confirme cette interprétation. Le Code a certainement entendu prohiber, dans l'art. 896, les dispositions qu'il tolère, *par exception*, dans les art. 897, 1048 et 1049; or, ces articles se réfèrent tous à des dispositions dans lesquelles on retrouve charge, pour le donataire ou légataire, de conserver *jusqu'à sa mort* les biens dont on le gratifie, et de les rendre, *à cette époque*, aux appelés, *s'ils sont d'ailleurs capables de recevoir à cette époque*.

Qu'est-ce, en un mot, qu'une substitution prohibée?

910. — En résumé, je définis la *substitution prohibée : la transmission d'un bien qui*, A LA MORT DU DONATAIRE OU LÉGATAIRE, *doit passer, non pas à ses héritiers légitimes ou testamentaires, mais à une personne désignée par le disposant*, SI CETTE PERSONNE EST D'AILLEURS CAPABLE DE RECEVOIR A CETTE ÉPOQUE.

Quid, si j'ai légué ou donné en ces termes: Je vous lègue, je vous donne, tels biens, à la charge par vous de les conserver jusqu'à votre mort et de les rendre, à cette époque, à Paul?

Ainsi, est prohibée la disposition suivante : Je lègue tous mes biens à *Primus*, qui les conservera *jusqu'à sa mort*, et les rendra, *à cette époque*, à *Secundus, si Secundus lui survit*.

Quid, si j'ai dit : à la charge de les rendre immédiatement après les avoir recueillis ou lorsque Paul aura atteint tel âge?

Ne peut-il pas se faire qu'une substitution prohibée soit cachée sous l'apparence d'un legs conditionnel?

Ne sont point prohibées, au contraire, les dispositions faites avec charge de rendre, soit immédiatement après la mort du disposant, soit après un certain laps de temps déterminé, soit après la réalisation d'une condition suspensive autre que *la survie de l'appelé au grevé*.

Je lègue tous mes biens à *Primus*, qui, *après les avoir recueillis*, les rendra à *Secundus* : la disposition est valable.

Je lègue mes biens à *Primus*, qui les rendra à *Secundus* quand celui-ci aura atteint sa vingt-cinquième année : la disposition est valable.

Le legs conditionnel est également valable, bien qu'il contienne, pour celui qui doit l'acquitter, la charge de conserver et de rendre (voy. le n° 908). Toutefois, les juges peuvent reconnaître en fait que le testateur a déguisé une substitution prohibée sous l'apparence mensongère d'un simple legs conditionnel. Ainsi, lorsque la condition à laquelle le legs est subordonné est arrangée de manière qu'elle ne peut se réaliser *qu'à la mort du débiteur du legs*, lorsqu'elle est, par exemple, ainsi conçue : Je lègue ma maison à *Secundus si Primus*, mon légataire universel, *meurt sans enfants*, — les juges peuvent décider, en fait, que le legs fait à *Secundus*, quoiqu'il ait l'apparence d'un simple legs conditionnel, n'est, au fond, qu'une substitution prohibée (M. Val.).

Art. 898.

La donation par laquelle un tiers est appelé à recueillir le don ou le legs, dans le cas où le donataire ou légataire ne le recueillera point, est-elle prohibée?

Quel nom donne-t-on à cette disposition?

911. — Le Code prend soin de s'expliquer sur deux cas particuliers, qui lui ont semblé présenter quelques doutes, mais qui, en réalité, n'en présentaient aucun.

PREMIER CAS. « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don ou le legs, dans le cas où le donataire ou le légataire ne le recueillerait point, ne sera point regardée comme une substitution, et sera valable. » Il s'agit ici de la substitution que les Romains appelaient *vulgaire*. Le Code

nous dit qu'elle n'est point *regardée comme une substitution*, c'est-à-dire comme une *substitution fidéicommissaire prohibée*. C'est évident, et cela n'avait pas besoin d'être dit. Le testateur a légué ses biens à *Primus*, et, pour le cas où celui-ci ne voudrait ou ne pourrait pas les recueillir, il les a légués à *Secundus:* il n'a donc point deux légataires succédant l'un après l'autre, il n'en a qu'un, *Primus* ou *Secundus*. Que ce soit l'un ou que ce soit l'autre, celui qui le sera ne sera point tenu de conserver et de rendre: le droit dont il sera investi sera irrévocable et, comme tout autre droit, transmissible à ses héritiers légitimes ou testamentaires.

Est-ce qu'elle a quelque analogie avec la substitution fidéicommissaire?

Le substitué vulgaire, comme tout autre légataire, et à la différence de l'*appelé* (voy. le n° 924), doit être capable et, par conséquent, conçu, *au moment de la mort du testateur* (voy. le n° 583).

A quel moment faut-il se placer pour apprécier la capacité d'un légataire substitué vulgaire?

Art. 899.

912. — Deuxième cas. « Il en est de même de la disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue-propriété à l'autre. » Je donne ou je lègue l'usufruit de ma maison à *Primus*, la nue-propriété à *Secundus* : le Code nous dit que cette disposition n'est point une substitution fidéicommissaire. C'est encore évident, et il n'était pas nécessaire de le dire expressément. Chaque légataire reçoit immédiatement le droit qui lui a été attribué ; aucun d'eux n'est obligé de conserver ce qu'il a reçu pour le rendre à l'autre. La propriété n'est point incertaine. Le nu-propriétaire a, dès à présent, un droit irrévocable. S'il l'aliène ou s'il l'hypothèque, les droits qu'il constitue seront irrévocables comme le sien : le bien dont il est investi n'est donc point retiré du commerce. L'usufruitier a également un droit certain et parfaitement déterminé. Ce droit, il est vrai, s'éteindra à sa mort; mais ses créanciers le savent : partant, ils ne seront point trompés dans leur attente.

La disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue-propriété à l'autre, est-elle prohibée? Pourquoi ne l'est-elle pas?

Je vais plus loin. Le don ou le legs d'usufruit, fait à plusieurs personnes, par exemple, à *Primus* et à *Secundus*, *avec accroissement au profit du survivant*, n'est pas une substitution, et la raison en est bien simple : lorsque l'un des usufruitiers meurt, son droit étant *éteint*, on ne peut pas dire que ce droit *passe* aux autres légataires ou donataires. Si l'usufruitier qui reste seul a désormais le droit intégral d'usufruit, c'est que ce droit lui a été donné ou légué en entier; il le conserve par droit de non-décroissement (voy. les nos 898 et 899).

Quid, du legs d'usufruit fait à plusieurs avec accroissement au profit du survivant?

913. — Le grevé de substitution ne doit pas être assimilé à un usufruitier. Plusieurs différences les séparent. Voici les principales :

Quelles différences y a-t-il entre un grevé de substitution et un usufruitier?

1° L'usufruitier est, quant à présent et dans l'avenir, étranger à la propriété : il ne l'a pas actuellement et il n'a pas l'espoir de l'acquérir. — Le grevé de substitution, au contraire, est actuellement propriétaire des choses comprises dans le fidéicommis. Son droit, il est vrai, n'est pas irrévocable (voy. le n° 905) : il se peut

qu'il lui soit enlevé rétroactivement, auquel cas il n'aura été *en fait* qu'un simple usufruitier. Mais il se peut aussi que cette condition ne se réalise pas, auquel cas il aura été réellement propriétaire, et il restera propriétaire dans la personne de ses héritiers ou ayant-cause.

2° L'usufruitier est obligé de donner caution (art. 601). — Le grevé n'est point soumis à cette obligation.

3° L'usufruitier n'est point tenu de faire les grosses réparations (art. 605). — Le grevé, au contraire, doit les faire. En acceptant le fidéicommis, il s'oblige personnellement à faire tout ce qui est nécessaire à la *conservation* des biens. Mais, bien entendu, il a le droit de répéter ses impenses contre les appelés, lors de l'ouverture de la substitution.

4° L'usufruitier n'a droit à aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétend avoir faites (art. 599). — Le grevé, au contraire, peut réclamer des appelés, à l'époque de la restitution des biens, le remboursement de ses avances, jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée.

Voy., sous le n° 944, une autre différence.

§ II. — *Sanction de la prohibition de la loi.*

Quelle sanction la loi attache-t-elle à la prohibition des substitutions?

914. — J'ai légué ou donné ma maison à *Primus*, à la charge par lui de la conserver jusqu'à sa mort et de la rendre, à cette époque, à *Secundus* : la charge de conserver et de rendre est une condition contraire à la loi : elle est nulle, par conséquent. Mais la disposition principale (le legs ou la donation que j'ai fait dans l'intérêt de *Primus*) est-elle également frappée de nullité?

On sait qu'en matière de legs ou de donations, les conditions contraires aux lois sont simplement réputées non écrites : la loi les annule, mais elle maintient la donation ou le legs (art. 900).

Nous verrons, au contraire, qu'en matière de contrats à titre onéreux, les conditions contraires aux lois sont nulles et rendent nulle la convention qui en dépend : tout est nul, le contrat comme la condition à laquelle il est subordonné (art. 1172).

Le Code a transporté dans la matière des substitutions la règle établie pour les contrats à titre onéreux. La charge de conserver et de rendre, quand elle réunit les caractères d'une substitution prohibée, est nulle et rend nulle la disposition principale. — On motive ainsi cette exception au principe de l'art. 900 :

Si la loi eût annulé la charge de conserver et de rendre, et maintenu la disposition principale, cela aurait eu pour résultat d'attribuer au donataire ou légataire direct la *propriété irrévocable* des biens compris dans la substitution. Or, ce résultat eût été évidemment contraire à la volonté du disposant, qui n'avait entendu lui attribuer qu'une propriété *révocable* : c'eût été dépasser sa libéralité, l'étendre au-delà des limites qu'il lui avait assignées. Dans sa pensée, la disposition principale et la substitu-

tion se liaient entre elles et formaient un tout indivisible : la seconde étant nulle, la première devait tomber avec elle (1).

§ III. — *Des substitutions qui, par exception, sont permises.*

915. — PREMIÈRE EXCEPTION (art. 896, 3e alinéa). — Les substitutions sont permises *lorsque les biens substitués forment la dotation d'un titre de noblesse.* Ces substitutions sont connues sous le nom de *majorats.* Les biens qu'elles comprennent sont, de même que le titre de noblesse auquel ils sont affectés, transmissibles à perpétuité, de mâle en mâle et par ordre de primogéniture.

Qu'est-ce qu'un majorat?
Est-il permis d'en constituer de nouveaux?
Les anciens majorats n'ont-ils pas été modifiés par des lois postérieures au Code?

La loi du 12 mai 1835 a interdit toute institution de majorats pour l'avenir. Elle a fait plus : elle a limité à deux degrés, l'institution non comprise, les majorats existants (2). Mais cette limitation ne porte que sur ceux qui ont été constitués avec des biens particuliers; ceux qui ont été constitués avec des biens du domaine de l'État ont été conservés purement et simplement.

DEUXIÈME EXCEPTION. — Les substitutions sont permises dans les deux cas suivants :

(Art. 1048 à 1050.)

916. — I. Les *pères* et *mères* peuvent donner ou léguer leur quotité disponible à un ou plusieurs de leurs enfants, avec la charge, par l'enfant donataire ou légataire, de conserver jusqu'à sa mort les biens dont il a été gratifié et de les rendre, à cette époque, à ses enfants *nés* ou *à naître, au premier degré seulement* (voy. la Form. 320).

Les pères et mères peuvent-ils imposer à leurs enfants la charge de conserver jusqu'à leur mort les biens qu'ils leur donnent ou qu'ils leur lèguent et de les rendre, à cette époque, à leurs enfants ?
Pourquoi la loi accorde-t-elle cette faculté aux pères et mères?
La charge de conserver et de rendre peut-elle être établie dans l'intérêt de l'un des enfants du grevé à l'exclusion des autres?

On comprend sans peine les motifs de cette exception.

Le bénéfice de la restitution ne peut pas ici être attribué à *un seul* des enfants du grevé; *tous sont appelés*, sans distinction de sexe ou de primogéniture. La substitution que la loi tolère est conforme au principe d'égalité, qui est la base de notre système successoral : au lieu d'y déroger, elle lui vient en aide. Ce n'est donc pas dans un esprit aristocratique qu'elle a été organisée : il ne s'agit plus ici de réunir la plus grande masse de biens sur une seule et même tête, de conserver l'éclat et la splendeur du nom. Le but de la loi est bien plus noble, bien plus moral. Elle a voulu fournir aux chefs de famille qui craignent que leurs biens ne

(1) Il y avait, ce me semble, un parti plus sage à prendre. Si le disposant avait été instruit de la prohibition de la loi, il n'eût point imposé à son légataire ou donataire l'obligation de conserver et de rendre; il ne lui eût peut-être pas attribué la pleine propriété des biens, mais il lui en aurait au moins donné ou légué l'usufruit. C'eût donc été se conformer, et sans aucun danger, à la volonté du disposant, que de transformer le droit du grevé en un simple droit d'usufruit.

(2) La loi du 7 mai 1849 a été plus loin encore. Les majorats *de biens particuliers* qui auront été transmis à deux degrés successifs, à partir du premier titulaire, sont abolis; les biens composant ces majorats demeurent libres dans les mains du détenteur actuel. Pour l'avenir, la transmission, limitée à deux degrés, à partir du premier titulaire, n'aura lieu qu'en faveur des appelés nés ou conçus au moment de la promulgation de la présente loi (art. 1 et 2).

soient, après eux, dissipés ou perdus par leur enfant, un moyen légal d'assurer l'avenir de leurs petits-enfants.

Je crains que mon fils ne dissipe après moi le patrimoine que je lui laisserai, ou qu'il ne le compromette dans des entreprises hasardées : que ferai-je pour prévenir ce danger ? Il m'est permis, sans doute, de donner ou léguer à mes petits-enfants la nue-propriété de ma quotité disponible et d'en laisser l'usufruit à mon fils; mais je ne puis pas recourir à ce moyen si les petits-enfants dont je veux assurer l'avenir ne sont pas encore conçus. Que si mon fils a déjà des enfants au moment où je dispose, ceux-ci, si j'emploie le moyen qui vient d'être indiqué, seront avantagés au préjudice de ceux qui pourront naître ensuite, et c'est ce que je ne veux pas. La substitution pare à tout ! Je donne ou je lègue mes biens à mon fils, à la charge par lui de les rendre, à sa mort, *à tous ses enfants nés ou à naître* (voy. le n° 924).

La substitution qu'il est permis aux pères et mères d'imposer à leurs enfants peut-elle être *graduelle?*

Mais, comme cette substitution a pour effet de retirer du commerce les biens substitués, la loi ne permet point qu'elle puisse comprendre deux restitutions successives. La loi tolère seulement la restitution *simple,* ou à un degré (voy. le n° 906). La substitution *graduelle,* ou à deux degrés, est frappée de nullité.

Ainsi, je puis imposer à mon fils la charge de rendre *à ses enfants nés ou à naître ;* mais là s'arrête la faculté qui m'est accordée. Je ne puis donc pas charger les appelés de rendre, à leur tour, à leurs enfants nés ou à naître. Dès la première restitution, la substitution s'éteignant, le patrimoine qu'elle comprend redevient libre : l'inaliénabilité des biens, si préjudiciable à l'intérêt général, n'a qu'une durée très-restreinte, la vie du grevé.

Deux autres restrictions résultent du texte même de l'article 1048.

Un *aïeul* peut-il faire une libéralité à son petit-fils à la charge de rendre à ses enfants nés ou à naître ?

917. — 1° Ce n'est que lorsque la libéralité est faite par un *père* ou une *mère* à son enfant qu'elle peut être grevée de substitution. Un *aïeul* ne pourrait donc pas faire une libéralité à son *petit-fils,* et lui imposer la charge de rendre à ses enfants nés ou à naître. Cette solution a été controversée. On a dit : « Mais pourquoi défendre à *l'aïeul* dont le fils est prédécédé d'assurer l'avenir de ses arrière-petits-enfants, lorsqu'il craint que son petit-fils ne dissipe les biens qu'il doit lui laisser ? » Je reconnais qu'on aurait pu lui accorder la même faculté qu'au père ou à la mère ; mais la loi ne l'a pas fait (1).

Un enfant ne peut être grevé de substitution qu'au profit de ses enfants nés ou à naître, *au premier degré* seulement; mais quel est le sens de ces mots *au premier degré?* S'agit-il du degré de

918. — 2° Ce n'est qu'au profit « des *enfants* nés ou à naître, *au premier degré,* du fils donataire ou légataire, » que peut être imposée la charge de rendre.

Quel est le sens de ces mots : *au premier degré ?* S'agit-il du degré de *substitution,* ou du degré de *parenté ?* Quelques-uns pensent que la loi n'a entendu parler que du *degré de substitution.*

(1) MM. Val.; Colm. de S., n° 209 *bis*, III; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 37; Marc., art. 1050.

Elle a, disent-ils, limité à une *seule restitution* la substitution qu'elle tolère. Telle est sa pensée. Dans ce système, le mot *enfant* a un sens *général :* la charge de rendre peut être imposée, non-seulement dans l'intérêt des enfants *au premier degré* du donataire, mais encore, lorsque ce dernier n'a plus d'enfants au premier degré, dans l'intérêt de ses *petits-enfants*. Ainsi, je puis donner à mon fils, à la charge de rendre à ses petits-enfants (1).

substitution, ou du degré de *parenté*?

Suivant l'opinion commune, il s'agit, dans l'espèce, non pas du *degré de substitution*, mais du *degré de parenté*. Lors, en effet, que la loi se sert du mot *degré*, elle entend parler d'une *génération* (art. 735) ; et ce qui prouve qu'ici c'est bien en ce sens qu'elle l'emploie, c'est qu'on le retrouve comme synonyme de *génération* dans l'art. 1051, qui se réfère à l'art. 1048. — Cet art. 1048 doit donc être lu ainsi : Le père ou la mère peut donner à son fils ou à sa fille, avec charge, pour le donataire, de rendre à ses enfants... *au premier degré*, c'est-à-dire *à ses fils ou filles*. Ainsi, le disposant dont le fils ou la fille n'a que des *petits-enfants* ne peut pas lui imposer la charge de rendre à ces derniers les biens dont il le gratifie (2).

La faculté que la loi accorde aux pères et mères n'appartient-elle pas également aux frères et sœurs?
Quelle distinction faut-il faire à cet égard?
Quel est le motif de cette distinction?

919. — II. Les frères et sœurs, *en cas de mort sans enfants*, ont la faculté de donner ou de léguer la quotité de biens dont la loi leur permet de disposer à un ou plusieurs de leurs frères ou sœurs, avec la charge, pour le donataire ou le légataire, de conserver jusqu'à sa mort les biens dont ils le gratifient, et de les rendre, à cette époque, à ses enfants nés ou à naître, au premier degré seulement (voy. la Form. 321).

Tout ce que j'ai dit du premier cas s'applique également ici.

Notez seulement que la substitution, quand le disposant est *le frère ou la sœur* du grevé, n'est valable qu'autant qu'*il meurt sans enfants*. Le motif de cette condition est facile à comprendre. La loi n'est pas favorable aux substitutions ; si elle les tolère dans les hypothèses qui viennent d'être indiquées, c'est qu'alors, loin de déranger l'ordre légal des successions, elles lui viennent en aide. Mais, si le frère ou la sœur *qui a des enfants* pouvait faire à son frère ou à sa sœur une libéralité grevée de substitution, la loi, en accordant cette faculté, encouragerait des dispositions contraires à l'ordre de succession qu'elle a établi, et c'est ce qu'elle ne pouvait pas, ce qu'elle ne devait pas faire.

920. — En résumé, les art. 1048 et 1049 autorisent la substitution :

1° Lorsque le disposant est *le père ou la mère* du grevé, et que es appelés sont TOUS *les fils ou filles nés ou à naître du grevé ;*

2° Lorsque le disposant est *le frère ou la sœur* du grevé, et que la charge de rendre est établie dans l'intérêt de TOUS *les fils ou filles*

(1) MM. Delv., t. II, p. 401; Dur., t. IX, n° 526; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 39.
(2) MM. Val.; Colm. de S., n°209 *bis*, VI ; Marc., art. 1050.

nés ou à naître du grevé. Dans ce second cas, la disposition n'est valable qu'autant que le disposant *meurt sans enfants*.

Quelles sont les extensions qui furent apportées au Code civil par la loi de 1826 sur les substitutions ?

921. — Reste à parler de la loi du 17 mai 1826. En voici le texte : « Les biens dont il est permis de disposer, aux termes des art. 913 à 916 du Code civil, pourront être donnés, en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à *un* ou *plusieurs* enfants du donataire, nés ou à naître, *jusqu'au deuxième degré inclusivement*. »

Le Code, on le voit, était de bien loin dépassé. La loi tolérait tout ce qu'il permettait, et introduisait, en outre, trois cas nouveaux de substitution :

1° La substitution était valable *lors même que le disposant n'était ni le père ou la mère, ni le frère ou la sœur du grevé*. Ainsi, cette disposition, qui était nulle d'après le Code, était valable d'après la nouvelle loi de 1826 : Je donne ou lègue ma maison à Paul (lequel n'est ni mon fils ni mon frère), à la charge de la rendre à ses enfants.

2° La substitution était valable *lors même que la charge de rendre était établie dans l'intérêt exclusif* D'UN OU DE PLUSIEURS ENFANTS *du grevé, de son aîné, par exemple*. Ainsi, il n'était plus nécessaire que la charge de rendre fût, comme sous l'empire du Code, établie dans l'intérêt de *tous* les enfants du grevé, sans distinction de sexe ni de primogéniture.

3o La substitution, *quoique graduelle*, était valable : elle pouvait comprendre *deux restitutions*. Les *deux degrés* dont parle la loi de 1826 doivent, en effet, s'entendre, non pas de deux degrés de *parenté*, mais de deux degrés de *substitution*. Le premier appelé pouvait donc jouer, à son tour, le rôle de grevé. Ainsi, cette substitution, qui aurait été nulle sous le Code, était permise par la loi de 1826 : Je donne ou lègue mes biens à mon fils, qui, à sa mort, les rendra à ses enfants, lesquels devront également les rendre à leurs enfants.

Quel fut le but de cette loi ? Est-elle encore en vigueur ?

922. — La loi de 1826, — ces deux dernières dispositions nous le font assez comprendre, — eut pour objet de constituer une aristocratie de fortune dans la classe bourgeoise, en permettant de concentrer sur la tête d'un seul des enfants du grevé tout le bénéfice de la substitution : ce fut un retour vers le passé.

Elle n'est plus en vigueur. Une loi de l'Assemblée nationale, du 7 mai 1849, rendue sur le rapport de M. Valette, nous a replacés, pour l'avenir, sous l'empire du Code Napoléon (1).

§ IV. — *De la représentation en matière de substitutions permises.*

Art. 1051.

La représentation

923. — Lorsque le grevé meurt, laissant des enfants au premier

(1) Les substitutions établies sous l'empire de la loi abrogée sont maintenues au profit des appelés nés ou conçus au moment de la promulgation de la présente loi.

Lorsque la substitution sera recueillie par des appelés nés ou conçus à cette époque, elle profitera également aux appelés conçus postérieurement.

degré et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueillent, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé.

a-t-elle lieu en matière de substitution ?
Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

Mais, lorsque *tous* les fils ou filles du grevé sont prédécédés, qu'il n'a laissé que des petits-enfants, la représentation n'a plus lieu : la substitution est caduque. Les biens qu'elle comprend font partie de la succession du grevé et sont assimilés à ses autres biens. Ses petits-enfants n'y peuvent prétendre qu'en qualité d'héritiers et selon les règles du droit commun.

§ V. — *Des actes par lesquels une substitution permise peut être établie, et de la capacité des appelés.*

Par quels actes peuvent être faites les substitutions permises ?
Est-il nécessaire que l'appelé soit conçu au moment de la mort du testateur, quand la substitution est faite par testament, au moment de la donation, quand elle est faite par acte entre-vifs ?
Dans ce dernier cas, est-il nécessaire que l'appelé, s'il est vivant, intervienne à l'acte de donation pour y accepter la libéralité conditionnelle qui lui est offerte ?

924. — Une substitution peut être faite par *testament* ou par *donation*.

Est-il nécessaire que l'appelé soit capable, et, par conséquent, conçu, au moment de la mort du disposant, lorsque la substitution est faite par testament, ou au moment de la donation, quand elle est faite par un acte entre-vifs ? A ne consulter que le droit commun, l'affirmative ne serait pas douteuse : car, dès l'instant de la mort du testateur ou dès l'instant de la donation, l'appelé acquiert un droit, sinon certain, du moins conditionnel; et, pour acquérir un droit, de quelque nature qu'il soit, il faut être au moins conçu (voy. le n° 583). Mais on s'est, en cette matière, écarté des règles ordinaires sur la capacité de recevoir : le fidéicommis est valable, lors même que l'appelé n'est pas encore conçu au moment de la mort du testateur ou au moment de la donation; il suffit qu'il soit conçu au moment de la mort du grevé (1).

925. — Lorsque la substitution se fait par donation et que l'appelé est vivant, il n'est pas nécessaire qu'il intervienne à l'acte de donation pour y accepter la libéralité conditionnelle que lui offre le disposant, et pour stipuler du donataire la restitution des biens. Les parties stipulent pour lui, et lui acquièrent ainsi, à son insu, le bénéfice de la substitution. Le donateur ne pourrait donc pas, par une convention postérieure faite avec le donataire seulement, décharger ce dernier de l'obligation de restituer. L'appelé, dès l'instant de la donation, a un droit acquis. Ce droit n'est que conditionnel, sans doute; mais un droit, quelle que soit sa nature, fait partie du patrimoine de la personne qui en est investie; elle ne peut pas en être dépouillée malgré elle (2).

— Nous trouvons là une exception au principe de l'art. 1121, suivant lequel le donateur qui stipule dans l'intérêt d'un tiers conserve le droit de révoquer son offre tant que la personne à qui elle est faite ne l'a pas expressément ou tacitement acceptée (voy. le n° 1077).

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 457; Val.
(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 457; Val.; Marc., art. 1053; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 41; Colm. de S., t. IV, n° 211 *bis*, II.

Art. 1052.

Lorsqu'un donataire a reçu une seconde donation sous la condition que les biens précédemment donnés seront grevés de substitution au profit de ses enfants nés ou à naître, peut-il, du consentement du disposant, abandonner la seconde pour s'en tenir à la première?

926. — L'art. 1052 règle un cas spécial, dont voici l'espèce : Une donation a été faite *purement et simplement ;* le même donateur offre ensuite au même donataire une nouvelle libéralité, mais sous la condition que le donataire sera tenu de conserver et de rendre à ses enfants nés ou à naître les biens compris dans la première donation. Le donataire auquel cette nouvelle libéralité est offerte est libre de la refuser ; mais, s'il l'accepte, les biens précédemment donnés se trouvent irrévocablement frappés de substitution dans l'intérêt des enfants du donataire : celui-ci ne peut pas, lors même qu'il offrirait de rendre aux appelés les biens compris dans la seconde disposition, diviser les deux libéralités et renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première. Il ne le peut même pas du consentement du donateur : l'arrangement qu'ils ont fait entre eux a été pour les appelés la source d'un droit, et ce droit, que les appelés ont acquis à leur insu, ne peut pas leur être enlevé par un arrangement postérieur auquel ils ne participent point (voy. le n° 925).

Cette substitution faite après coup a-t-elle un effet rétroactif?

927. — Il est bien entendu, au reste, que la charge de rendre, dont est grevée après coup la première donation, n'a point d'effet rétroactif : elle ne porte aucune atteinte aux droits, servitudes ou hypothèques, que le donataire a consentis, antérieurement à l'acceptation de la seconde libéralité, sur les biens compris dans la première.

Peut-elle être faite au moyen d'une clause insérée dans un contrat *à titre onéreux*?

928. — En principe, il n'est point permis de stipuler *principalement* pour autrui (art. 1119). Par exception, la stipulation pour autrui est valable : 1° lorsqu'elle est la condition ou la charge *d'une donation* qu'on fait à un autre ; 2° lorsqu'elle est la condition *d'un contrat à titre onéreux* qu'on fait pour soi-même (art. 1121). Cela bien compris, une question peut se poser. Nous venons de voir que les biens précédemment donnés peuvent être, après coup grevés de substitution au moyen d'une clause insérée dans une *seconde donation* faite par le donateur au donataire ; mais peuvent-ils l'être au moyen d'une clause insérée dans un *contrat à titre onéreux?* Nous répondrions affirmativement si nous ne consultions que l'art. 1121, c'est-à-dire le droit commun ; mais, comme les substitutions sont exceptionnelles, qu'il n'y a de licite en cette matière que ce qui est expressément permis, la négative doit être admise : l'art. 1052 n'autorise, en effet, cette convention qu'autant qu'elle est une charge, soit d'une seconde *donation*, soit d'un *legs*, que le donateur fait à son donataire.

§ VI. — *Des effets des substitutions permises.*

Quel droit le grevé a-t-il sur les biens compris dans la substitution?

Quel droit les appelés ont-ils sur les mêmes biens?

929. — Le grevé est propriétaire sous condition *résolutoire*, l'appelé sous condition *suspensive*, des biens compris dans le fidéicommis. L'événement futur et incertain auquel sont subordonnés les droits de l'un et de l'autre consiste dans *la survie de l'appelé au grevé* (voy. le n° 905).

Si cette condition vient à défaillir, je veux dire si le grevé meurt sans enfants, le droit dont l'avait investi le disposant se trouve consolidé : les choses se passent alors comme elles se passeraient si le droit eût été pur et simple, irrévocable dès son origine. — Si, au contraire, cette condition se réalise, si le grevé meurt laissant un ou plusieurs enfants vivants, le grevé perd, tandis que l'appelé acquiert, *rétroactivement*, la propriété des biens compris dans le fidéicommis. Le grevé est réputé n'avoir jamais été propriétaire. Ce n'est pas de lui que l'appelé tient les biens qu'il acquiert : il les tient du disposant lui-même. De là il suit :

1° Que l'appelé peut renoncer à la succession du grevé, et s'en tenir aux biens substitués ;

L'appelé peut-il renoncer à la succession du grevé et s'en tenir aux biens substitués ?

2° Qu'il les reçoit francs et quittes de toutes charges ou hypothèques acquises sur eux du chef du grevé, ou, plus généralement, que les actes du grevé ne sont pas opposables à l'appelé (art. 1183).

Est-il obligé de subir les charges ou hypothèques acquises sur ces biens du chef du grevé ?

Toutefois, cette règle souffre plusieurs tempéraments ou exceptions :

La règle que les actes du grevé ne sont pas opposables à l'appelé ne souffre-t-elle pas des exceptions ?

930. — I. Les appelés qui acceptent *purement et simplement* la succession du grevé ne peuvent point critiquer les aliénations qu'il a faites, évincer les tiers des droits qu'ils ont acquis en traitant avec lui. La raison en est bien simple : les appelés, étant devenus, en leur qualité d'héritiers purs et simples, *représentants* du grevé, doivent, en cette qualité, *garantir* les tiers qui ont traité avec lui, c'est-à-dire les maintenir dans les droits qu'il leur a concédés ; or, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Quid, s'il a accepté purement et simplement la succession du grevé ?

Ainsi, la règle que l'appelé reçoit les biens substitués francs et quittes de toutes charges constituées sur eux par le grevé, ne s'applique qu'aux appelés *qui ne représentent pas le grevé*, c'est-à-dire qui refusent sa succession, ou qui ne l'acceptent que sous bénéfice d'inventaire.

Art. 1054.

931. — II. Dans tous les cas, c'est-à-dire lors même que l'appelé ne représente pas le grevé, la femme de ce dernier conserve l'hypothèque qu'elle avait acquise, pour la garantie de sa dot, sur les biens substitués.

N'est-il pas, quoique héritier bénéficiaire du grevé, ou quoiqu'il ait renoncé à sa succession, obligé de subir l'hypothèque légale de sa femme ?

Mais remarquez : 1° que cette conservation de l'hypothèque légale de la femme du grevé n'a lieu *qu'autant que le disposant l'a expressément* ordonné ;

2° Que l'hypothèque ne s'exerce sur les biens substitués que *subsidiairement*, c'est-à-dire en cas d'insuffisance des autres biens du grevé ;

3° Qu'elle est accordée, non pas d'une manière générale, pour toutes les créances que la femme peut avoir sur son mari, mais seulement *pour sa créance dotale*, c'est-à-dire pour la sûreté du recouvrement des deniers qu'elle a, *die nuptiarum*, apportés à son mari pour l'aider à supporter les charges du mariage ;

4° Qu'elle ne garantit que la restitution du *capital* de la dot : la loi a craint que les époux, après la séparation de corps ou de

biens, ne s'entendissent pour laisser accumuler les intérêts et absorber la plus grande partie possible des biens substitués.

Quid, si le grevé a aliéné des meubles?

932. — III. L'appelé ne peut point revendiquer les meubles vendus ou donnés par le grevé, et possédés par des tiers de bonne foi : *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279).

Quid, s'il a loué ou affermé les biens?

933. — IV. L'appelé doit respecter les baux que le grevé a faits *sans fraude* (arg. d'anal. tiré de l'art. 1673).

Quid, s'il a reçu le paiement des créances comprises dans la substitution?

934. — V. Le grevé peut recevoir le paiement des créances comprises dans la substitution, et donner bonne et valable quittance. Les débiteurs qui paient entre ses mains sont libérés *définitivement*. Ils ne peuvent pas, même après l'ouverture de la substitution, être recherchés par l'appelé. Toutefois, les appelés, s'ils sont majeurs, ou le tuteur nommé pour l'exécution de la substitution, ont pu la faire notifier aux débiteurs, avec défense de procéder au paiement hors leur présence : le paiement fait au mépris de cette notification ne serait pas opposable aux appelés.

Quid, quant aux actes qu'il a faits avec l'autorisation de la justice et le concours du tuteur chargé de surveiller l'exécution de la substitution?

935. — VI. Les appelés doivent respecter tous les actes que le grevé a faits avec l'autorisation de justice, dans la forme prescrite par le tribunal et avec le concours de leur représentant, c'est-à-dire du tuteur nommé pour surveiller l'exécution de la substitution.

Quid, quant aux jugements rendus pour ou contre lui?

936. — VII. Le grevé étant, avant l'ouverture de la substitution, seul et véritable propriétaire, c'est à lui qu'appartient l'exercice des actions actives, et c'est contre lui que s'exercent les actions passives, qui sont relatives aux biens compris dans la substitution.

Les jugements rendus *en sa faveur* profitent également aux appelés: car le grevé a qualité pour améliorer ou conserver les biens qu'il est chargé de rendre.

Les jugements qui ont été rendus *contre lui* sont-ils opposables aux appelés? On distingue : si les appelés ont été représentés au procès, c'est-à-dire si le tuteur nommé à l'exécution de la substitution a été mis en cause, le jugement prononcé contre le grevé est également obligatoire pour les appelés ; il ne l'est pas dans le cas contraire (voy. le n° 1625). Les tiers qui plaident avec un grevé, soit en demandant, soit en défendant, doivent donc, s'ils sont prudents, mettre en cause le représentant des appelés.

La prescription acquise contre lui est-elle opposable a l'appelé? En d'autres termes, court-elle contre l'appelé avant l'ouverture de la substitution?

937. — VIII. La prescription acquise contre le grevé est-elle opposable aux appelés? En d'autres termes, court-elle contre eux même avant l'ouverture de la substitution? Oui, *quant aux appelés majeurs*. La prescription court, en effet, contre toute personne : telle est la règle (art. 2251). Quelques exceptions sont, il est vrai, admises; mais la loi ne range point les *appelés* parmi les personnes contre lesquelles la prescription ne court point.

On a fait contre ce système plusieurs objections :

1° Tant que la substitution n'est pas ouverte, les appelés ne peuvent point exercer leur droit; or, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*.

Ce brocard est ici sans application : car, si les appelés ne peuvent point exercer leur droit tant que la substitution n'est pas ouverte, ils peuvent, néanmoins, faire des actes conservatoires de leur droit conditionnel, et, par conséquent, faire des actes interruptifs de prescription (art. 1180).

2° Aux termes de l'art. 2257, les droits *conditionnels* ne sont point sujets à prescription ; le droit des appelés est *conditionnel* : donc il n'est point prescriptible.

La règle établie par cet art. 2257 ne s'applique qu'à la prescription *libératoire*. Cela posé, nous disons : Il est bien vrai que les *créances* conditionnelles ne sont point sujettes à prescription ; mais il n'en est point de même de la *propriété* conditionnelle. L'appelé est *propriétaire* conditionnel des biens substitués : donc son droit est prescriptible (voy. l'expl. de l'art. 2257).

3° Aux termes de l'art. 2226, les biens qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent pas être prescrits ; les biens substitués, n'étant pas aliénables, ne sont point dans le commerce : donc...

Oui, les biens qui sont inaliénables *d'une manière absolue*, comme les biens du domaine public, sont imprescriptibles ; mais il n'en est pas de même des biens qui, comme ceux de l'Etat, peuvent être aliénés dans certains cas et sous certaines conditions. Or, nous l'avons dit (sous le n° 935), les biens substitués peuvent être aliénés dans certains cas et selon les formes permises (voy., au t. III, les n^os^ 1763 et s. ; 1892, 1896, 1912 et s.) (1).

§ VII. — *De l'ouverture des substitutions.*

938. — *L'ouverture de la substitution* est le moment où le droit éventuel et intransmissible des appelés se transforme, lorsqu'ils sont capables à ce moment, en un droit désormais acquis et, à ce titre, susceptible de passer de leur personne en la personne de leurs héritiers.

Art. 1053.

Quand s'ouvre la substitution ? En d'autres termes, quand cesse le droit du grevé, et quand s'ouvre celui des appelés ?

La substitution *s'ouvre*, ou, en d'autres termes, le droit des appelés commence, lorsque, *par quelque cause que ce soit*, le droit du grevé *cesse*.

Le droit du grevé cesse et, partant, celui des appelés commence :

1° Par la mort du grevé (voy., à ce sujet, les n^os^ 905 et 929) ;

2° Par la déchéance qu'il encourt, lorsqu'il a négligé de faire nommer un tuteur à la substitution (voy. les n^os^ 949 et 950) ;

3° Par l'abandon qu'il fait de sa jouissance *au profit des appelés* ;

4° Par la révocation (pour inexécution des charges ou pour in-

(1) MM. Dur., t. IX, n° 610 ; Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 514 ; Vaz. ; Colm. de S., n° 213 *bis*, IV ; Marc., art. 1053. — MM. Zach., Aubry et Rau (t. VI, p. 52) pensent que les appelés ne sont même pas admissibles à se prévaloir de leur minorité pour soutenir que le cours de la prescription a été suspendu en leur faveur.

gratitude) de l'acte (donation ou legs) en vertu duquel il avait acquis la propriété des biens substitués (art. 954, 955 et 1046) ;

5° Par la caducité du legs, lorsqu'au lieu de l'accepter, le grevé le répudie.

Etudions séparément nos trois dernières causes d'ouverture.

La substitution, nous dit la loi, s'ouvre par *l'abandon de la jouissance* au profit des appelés : cette proposition est-elle exacte ?

939. — *Le grevé a fait l'abandon de sa jouissance au profit des appelés.* — Précisons exactement le fait sur lequel la loi statue. Prévoit-elle le cas où le grevé a simplement renoncé *au droit de jouir* des biens substitués? Assurément, non. Un tel abandon ne saurait ouvrir la substitution : *la propriété* des biens, restant au grevé, ne peut point, en effet, passer aux appelés. On ne peut pas même dire que la substitution est ouverte *quant au droit de jouissance,* que ce droit s'est *éteint* en la personne du grevé et qu'il s'est *ouvert* en la personne des appelés. Et, en effet, rien de semblable n'a eu lieu. Le grevé a *transmis* son droit à ses enfants : il en a disposé à leur profit, comme il aurait pu en disposer au profit de toute autre personne. Ses enfants ne le tiennent donc pas *du disposant* et en qualité *d'appelés;* ils le tiennent *de lui grevé* et en vertu de la donation qu'il leur a faite. D'où ces deux conséquences :

1° L'abandon ne peut être fait qu'au profit des appelés vivants ou tout au moins conçus ; — 2° ceux au profit desquels il a eu lieu ne sont point tenus de le communiquer aux autres.

Que veut donc dire la loi quand elle dit que la substitution s'ouvre par l'abandon *de la jouissance* ?

Ainsi, ce n'est point de la *jouissance* proprement dite que la loi a entendu parler lorsqu'elle a dit que la substitution s'ouvre par l'abandon de *la jouissance :* dans sa pensée, ce mot *jouissance* est synonyme du mot *propriété.*

Le grevé peut-il renoncer à la *propriété* des biens sans prendre le consentement des appelés?

940. — L'abandon de la propriété ouvre la substitution. Voilà ce que la loi nous apprend. Mais quel fait suppose-t-elle ? Que le grevé a, par un acte unilatéral, hors la présence des appelés et sans prendre leur consentement, *abdiqué* la propriété qu'il tient du disposant? Cette abdication est, si je ne me trompe, impossible. Le grevé s'est, en acceptant la donation ou le legs à lui fait sous charge de substitution, personnellement obligé envers les appelés. Il s'est engagé à conserver, sous sa responsabilité personnelle, la propriété qu'il a reçue, et à la rendre, au jour de son décès, à ceux d'entre eux qui, à ce moment, seront capables de l'acquérir. Bien plus, — j'en ai fait la remarque sous les nos 925 et 926, — les appelés sont légalement réputés avoir accepté dès à présent le bénéfice de la charge que le disposant, dans leur intérêt, a imposée à son donataire ou à son légataire. Dès lors, ni ce disposant, ni le grevé, ni le disposant et le grevé réunis dans ce but, ne peuvent, *sans le consentement des appelés,* détruire ou simplement même modifier ce qui a été fait (voy., à ce sujet, l'art. 1121). L'abandon dont parle la loi ne peut, par conséquent, être qu'un abandon *entendu entre le grevé et les appelés vivants ou au moins conçus.* Tel était le sentiment de Pothier (*Traité des subst.*, sect. VI, art. 1, § 2, der-

nier alinéa), et rien ne nous autorise à penser qu'on se soit écarté de sa doctrine (1).

Un usufruitier peut, il est vrai, renoncer à son droit, sans prendre le consentement du nu-propriétaire. Je n'ignore point qu'un débiteur qui a terme pour payer peut, nonobstant même l'opposition de son créancier, se libérer dès à présent, quand le terme au bénéfice duquel il renonce existe dans son intérêt exclusif. Mais, s'ils peuvent ainsi *avancer* l'exécution de leur obligation, c'est que, le faisant, ils ne nuisent à personne. Or, en serait-il de même, si le grevé pouvait avancer et fixer au gré de son caprice l'heure de la restitution ? Qu'on dise que le terme après lequel son obligation doit arriver à échéance existe *dans son intérêt*, je ne le contesterai pas ; mais, si j'affirme à mon tour qu'il existe également *au profit des appelés*, quelqu'un me contredira-t-il ? Et s'il est vrai qu'il a été établi en vue des appelés et dans leur intérêt, comment reconnaître au grevé la faculté de le supprimer sans obtenir leur consentement ?

Quelles règles résultent de ce principe que l'abandon dont parle la loi est un abandon *conventionnel?*

Ce point m'est donc acquis, il s'agit, dans l'espèce, d'un abandon proposé par le grevé et accepté par les appelés vivants ou conçus au moment où il a lieu. Partant, l'ouverture qu'il entraîne est une ouverture *conventionnelle*. D'où cette double règle :

1° L'ouverture dont s'agit a son plein et entier effet, effet actuel et définitif, au regard de chacun de ceux qui l'ont consentie et dans leurs rapports respectifs ; 2° au regard des tiers, je veux dire de tout intéressé qui ne l'a ni offerte ni acceptée, elle est *res inter alios acta*, et, partant, à considérer comme si elle n'existait pas (art. 1165).

Ces règles admises, cinq conséquences en résultent :

L'abandon de la propriété ouvre-t-il dès à présent et définitivement la substitution *au regard du grevé?*

1° La substitution est dès à présent ouverte, *au regard du grevé* : dès à présent donc, les appelés le peuvent poursuivre en restitution des biens. Elle est *définitivement* ouverte : partant, et lors même que les appelés mourraient tous avant lui, la substitution ne serait pas pour cela caduque et réputée comme n'ayant jamais existé ; les biens abandonnés aux appelés resteraient à leurs héritiers.

En ce qui touche les appelés qui ont accepté l'abandon, la substitution est-elle actuellement et définitivement ouverte *dans leurs rapports entre eux* ?

2° En ce qui touche les appelés qui ont accepté l'abandon, l'ouverture à laquelle il donne lieu est également *actuelle et définitive dans leurs rapports entre eux*. Les choses se doivent, par conséquent, passer, quant à eux et dans leurs rapports respectifs, comme elles se passeraient à supposer que le grevé fût mort au moment même de l'abandon. Ainsi, supposons qu'ils étaient, à ce moment, au nombre de *trois* : chacun d'eux a définitivement acquis *un tiers* des biens abandonnés. L'un d'eux meurt-il avant le grevé : il transmet à ses héritiers, quels qu'ils soient, les biens dont il a été investi. Chacun des deux appelés survivants n'a toujours que le

(1) Suivant M. Colm. de S., t. IV, n° 212 *bis* VI, l'abandon peut être le fait du grevé seul.

tiers qui lui a été attribué, tandis qu'il aurait eu la *moitié*, si la substitution eût suivi son cours régulier jusqu'au décès du grevé.

Quand s'ouvre-t-elle au regard des appelés qui n'étaient pas vivants au moment de l'abandon ?

3° Quant aux enfants qui n'étaient pas vivants, ou au moins conçus, lors de l'abandon et qui, par conséquent, n'y ont point donné leur consentement, la substitution *n'est pas encore ouverte*. En ce qui les concerne, et dans leurs rapports soit entre eux, soit avec le grevé, soit avec les appelés qui ont accepté l'abandon, elle ne s'ouvrira *qu'au décès du grevé*.

Donc, tant qu'il vit, ils n'ont aucune part à réclamer ;

Donc, tant qu'il vit, toutes les obligations dont il est tenu en sa qualité de grevé subsistent intactes dans leur intérêt ;

Donc, leurs droits ne se liquideront qu'à son décès et eu égard au nombre des appelés vivants à cette époque. — Soient trois appelés au moment de l'abandon, et un quatrième appelé né depuis ce moment. Ces quatre appelés sont-ils vivants lors du décès du grevé : le dernier né a droit à un quart des biens, qui est pris sur chacune des parts dont sont investis les trois autres. Les trois appelés qui étaient vivants lors de l'abandon et qui l'ont accepté sont-ils morts avant le grevé : le quatrième et dernier né a droit à la totalité des biens.

Que décider quant aux aliénations, hypothèques et servitudes consenties par le grevé avant l'abandon ?

4° Les aliénations, les hypothèques et les servitudes, consenties par le grevé antérieurement à l'abandon, ne souffrent aucune atteinte de l'arrangement qui a fait passer par anticipation, de ses mains dans celles des appelés, les biens substitués. Laisse-t-il, à sa mort, des appelés vivants ou au moins conçus : ces aliénations, servitudes et hypothèques, sont nulles et de nul effet au regard des appelés. N'en laisse-t-il aucun : elles subsistent et deviennent irrévocables (voy. les nos 903 et 929).

Les créanciers chirographaires du grevé peuvent-ils faire rescinder, dans leur intérêt, l'abandon que leur opposent les appelés ?

5° Les créanciers chirographaires du grevé peuvent, *quand il a renoncé en fraude de leurs droits*, faire rescinder, dans leur intérêt, la renonciation qui leur préjudicie. — Notre art. 1053 ne dit point, ainsi que je le fais : *quand il a renoncé en fraude de leurs droits ;* mais Pothier (*Des subst.*, sect. VI, art. 1, § 2), et, d'après lui, M. Bigot-Préameneu (voy. Fenet, t. XII, p. 165) le disent. Il m'a semblé que je pouvais, que je devais même, le répéter après eux. Notre art. 1053 se trouve ainsi rattaché à l'art. 1167 dont il n'est qu'une application particulière.

Ne le peuvent-ils qu'autant qu'il a été fait *en fraude de leurs droits* ?

D'après une autre donnée, notre article n'aurait rien de commun avec l'art. 1167. Il faut, soutient-on, le prendre tel qu'il est et l'expliquer par des motifs particuliers tirés de l'esprit des substitutions. Suivant M. Colmet de Santerre (t. IV, n° 212 *bis*, VIII), « on les a surtout attaquées au nom des créanciers du grevé, souvent dépouillés de leur gage par la mort de leur débiteur (voy. le n° 907-4°). Il était naturel, par conséquent, qu'on prît des mesures pour les protéger contre les conséquences fatales des restitutions anticipées. » — Dans ce système, les créanciers n'ont pas besoin de faire rescinder la renonciation ni de prouver qu'elle est frauduleuse (voy., au reste, les nos 1179-1180).

Lorsque la donation ou le legs qui contient la substitution est révoqué pour cause d'inexécution des charges ou d'ingratitude, la substitution est-elle ouverte?

L'est-elle même au regard des appelés *à naître*?

941. — *L'acte, donation ou legs, en vertu duquel le grevé à été investi de la propriété des biens substitués, a été révoqué pour inexécution des charges, ou pour ingratitude.* — La substitution est ouverte. Rappelons, en effet, les termes de la loi. Le droit des appelés, dit-elle, *s'ouvre*, lorsque le droit du grevé *cesse*, par quelque cause que ce soit. Dans l'espèce, le droit du grevé *cesse* : donc celui des appelés *commence*.

La substitution est, en ce cas, ouverte tant au profit des appelés *à naître* qu'au profit des appelés *déjà nés*. Les premiers ne peuvent point, il est vrai, l'utiliser immédiatement ; mais, dès qu'ils seront conçus, et pourvu qu'ils naissent vivants et viables, ils acquerront rétroactivement la part à laquelle ils auraient eu droit s'ils eussent été vivants au moment où le grevé a cessé d'être propriétaire.

Une objection me sera faite. « L'ouverture de la substitution, me dira-t-on, a pour effet de transférer aux appelés la propriété que le grevé cesse d'avoir. Pour profiter de cet effet, il faut être capable d'acquérir au moment où il doit se produire; pour être capable d'acquérir, il faut être au moins conçu : donc les enfants qui n'étaient point conçus au moment où la substitution s'est ouverte ne comptent point. »

A ne consulter que les principes ordinaires, cette objection serait juste; mais elle ne l'est pas en notre matière. Nous avons vu, en effet, que les enfants *à naître et non encore conçus* peuvent, de même que les enfants *déjà nés*, être appelés au bénéfice de la substitution (voy. le n° 924); or, s'ils peuvent recevoir, dès avant leur conception, le titre d'*appelés*, pourquoi ne pourraient-ils point également recevoir, quand la substitution s'ouvre, le titre de *propriétaires?*

Ainsi, selon nous, ceux-là seulement ne prennent point part à la substitution, qui sont morts au moment où elle s'ouvre.

942. — Si ma donnée est exacte, nous devons dire :

1° Que les biens dont le grevé perd la propriété sont attribués aux enfants vivants lors de l'ouverture de la substitution, sauf à les partager, au fur et à mesure des naissances et sans attendre la mort du grevé, avec les autres appelés s'il en survient.

2° Que chaque enfant né avant ou après l'ouverture de la substitution transmettra, soit qu'il meure après, soit que même il meure avant le grevé, à ses propres héritiers, la part qui lui aura été attribuée ;

3° Qu'à défaut d'appelés vivants au moment de l'ouverture de la substitution, le tribunal doit, dans l'intérêt des enfants à naître, pourvoir à l'administration des biens. Ainsi, il pourra les remettre aux mains d'un séquestre, qui en prendra soin jusqu'à la naissance d'un enfant, ou, s'il n'en survient aucun, jusqu'à la mort du grevé.

Si le légataire répudie le legs fait sous charge de substitution

943. — *Un legs a été fait sous charge de substitution ; au lieu de l'accepter, le légataire le répudie.* — Comment les choses vont-elles se

la substitution tombe-t-elle comme et avec le legs?

Cette répudiation du legs ouvre-t-elle la substitution?

passer? Dira-t-on que, le legs tombant, la substitution qui le grève doit tomber comme et avec lui? Ce serait reconnaître au grevé la faculté d'anéantir le droit des appelés; or, il ne saurait prétendre à un tel pouvoir! Où le puiserait-il, en effet? A quel titre et sous quel prétexte l'autoriserait-on à mettre ainsi à néant la volonté du disposant? Certes, personne n'admettra jamais qu'un légataire universel puisse, en renonçant à son legs, faire tomber tous les legs particuliers dont il était chargé; or, entre cette espèce et la nôtre, où est la différence?

Ainsi, quoique pleinement efficace en ce qui le concerne, la répudiation laisse la substitution intacte dans l'intérêt des appelés. La répudiation fait plus encore : elle l'*ouvre à leur profit*. Le grevé avait, en effet, acquis la propriété des biens qui lui avaient été légués (voy. le n° 833) ; il *cesse de l'avoir* par sa répudiation. Or, la loi est formelle et absolue dans ses termes : le droit des appelés s'ouvre, dit-elle, quand le droit du grevé cesse, *par quelque cause que ce soit*.

J'applique donc ici toutes les décisions qui ont été exposées sous les n^os^ 941 et 942 (1).

Si le grevé abuse de sa jouissance, la substitution est-elle ouverte?

944. — L'usufruitier qui abuse de sa jouissance peut être déclaré déchu de son droit (art. 618). Cette règle est-elle applicable au grevé? Je ne le pense pas. La déchéance prononcée contre l'usufruitier coupable d'abus de jouissance ne repose sur aucun principe. Que l'usufruitier soit condamné à des dommages et intérêts pour le dommage qu'il a causé, qu'on prenne contre lui des mesures conservatoires, rien de plus juste, assurément; mais lui enlever son droit parce qu'il en abuse, c'est enrichir le nu-propriétaire à ses dépens! Il y a donc là une *peine*, et une peine fort peu morale, puisqu'elle enrichit l'un aux dépens de l'autre. Or, les peines ne se suppléent point, et nulle loi, que je sache, ne permet de dépouiller le grevé, sous prétexte qu'il abuse de son droit (2).

(1) Que décider au cas où le legs fait sous charge de substitution est caduc *par le prédécès ou par l'incapacité du légataire?* Il y a sur ce point trois systèmes :

1° La substitution est caduque comme et avec le legs.

2° La substitution subsiste, mais comme substitution *vulgaire :* partant, elle ne peut profiter qu'aux enfants qui étaient au moins conçus lors du décès du testateur.

3° La substitution subsiste comme substitution *fidéicommissaire :* partant, elle peut profiter même aux enfants à naître.

(2) MM. Val.; Marc., art. 1053; Colm. de S., n° 212 *bis*, II. — *Contrà*, M. Dur., t. IX, n° 603.

On peut, en faveur du système suivi par M. Duranton, tirer un argument de l'art. 1057. Aux termes de cet article, le grevé est tenu de faire nommer, dans un certain délai, un tuteur à la substitution; s'il ne le fait pas, il est déchu de son droit. Or, si une *simple négligence* est une cause de déchéance, à bien plus forte raison doit-il en être de même de *l'abus* de jouissance.—On répondra à cette objection en disant : Les peines ne se suppléent point, même par *à fortiori!*

§ VIII. — *Des mesures prescrites dans l'intérêt des appelés et dans l'intérêt des tiers.*

Quelles mesures doivent être prises dans l'intérêt des appelés?

945.—Les mesures prescrites *dans l'intérêt des appelés* ont pour objet : 1° la nomination d'un tuteur; 2° la confection d'un inventaire; 3° la vente du mobilier; 4° l'emploi des capitaux.

Quelles mesures prend-on dans l'intérêt des tiers?

Les mesures prescrites *dans l'intérêt des tiers* ont pour objet la publicité de la substitution : cette publicité les avertit que le grevé n'a sur les biens dont il a été gratifié qu'un droit soumis à une condition résolutoire, et, par suite, que les droits qu'il consentira ne seront pas plus irrévocables que le sien.

Art. 1055, 1056, 1074.

946. — I. *Nomination d'un tuteur à l'exécution de la substitution. Fonctions de ce tuteur.*—La loi veut qu'un tuteur fasse toutes les diligences nécessaires pour que la charge de rendre soit bien et fidèlement exécutée : il doit, à cet effet, veiller à ce que le grevé accomplisse toutes les obligations dont il est tenu. Le grevé est tenu : 1° de jouir et d'administrer en bon père de famille; 2° de faire inventorier le mobilier (art. 1058); 3° de vendre les meubles, autres que ceux qu'il est autorisé à conserver en nature (art. 1062 à 1064); 4° de faire emploi des deniers (art. 1066); 5° de rendre publique la substitution (art. 1069 et s.). Si le grevé est mineur, c'est son tuteur qui doit lui-même accomplir, sous sa responsabilité, chacune de ces formalités; mais l'insolvabilité de ce dernier ne décharge pas le grevé des suites de leur inexécution (art. 1074).

La loi ne veut-elle pas qu'un tuteur soit chargé de surveiller l'exécution de la substitution?

Quelles personnes peuvent refuser cette tutelle.— Le tuteur nommé à l'exécution d'une substitution ne peut être dispensé de cette tutelle que pour une des causes exprimées aux art. 427 et suiv.

Qui le nomme? Dans quelles formes le nomme-t-on?

Qui nomme le tuteur, et dans quelle forme il est nommé (voy. la Form. 335). — Il est nommé par le disposant, — ou par le conseil de famille des appelés, lorsque le disposant n'a pas usé de son droit ou que le tuteur par lui désigné s'est fait excuser.

Lorsque c'est au conseil de famille qu'est confié le soin de le nommer, on procède selon les formes prescrites pour la nomination d'un tuteur ordinaire. Quant au disposant, il peut le nommer, soit dans l'acte même qui contient la substitution, soit dans un acte postérieur, *en la forme authentique.*

Peut-il être nommé par le disposant dans un testament *olographe?*

947. — Ces derniers mots : *en la forme authentique,* ont donné lieu à la question suivante : Le tuteur à la substitution peut-il être nommé par testament *olographe?* J'admets, sans hésiter, l'affirmative. Le testament olographe a, selon la loi, plus de force qu'un acte notarié *ordinaire;* ce qui le prouve, c'est qu'on teste valablement en la forme olographe, tandis qu'il n'est point permis de tester en la forme notariée *ordinaire.* Or, la loi autorise la nomination du tuteur à la substitution en la forme ordinaire des actes notariés : donc, par *à fortiori,* cette nomination peut être faite par un testament olographe. — Un tuteur ordinaire peut être nommé

par testament olographe ; les fonctions de ce tuteur sont beaucoup plus importantes que celles qui sont confiées à un tuteur à substitution : car, tandis que le premier est chargé de l'*administration générale* des biens du mineur, le second n'a qu'à *surveiller* l'administration des biens compris dans la substitution. Donc, par *à fortiori*, le tuteur à substitution peut être nommé de la même manière (1).

La nomination du tuteur est-elle nécessaire dans tous les cas?

948. — *Dans quel cas il est nécessaire de nommer un tuteur à la substitution.* — Cette nomination est nécessaire dans tous les cas, sauf un seul. Ainsi, il n'y a pas à distinguer si le grevé est ou non mineur, et, quand il est mineur, s'il est ou non pourvu d'un tuteur.

Le seul cas où il n'est pas nécessaire de le nommer est celui où le disposant est vivant. C'est lui, en effet, qui tient lieu de tuteur, lui qui surveille l'exécution de la substitution. Il est le maître, cela est évident, de se décharger de ce soin en nommant un tuteur. Mais, s'il ne le fait pas, le grevé n'est pas tenu d'en faire nommer un; il n'a même pas qualité à cet effet.

Quelles personnes sont chargées de provoquer la nomination d'un tuteur quand le disposant n'en a point nommé?

Quelles personnes sont chargées de provoquer la nomination d'un tuteur, lorsque le disposant n'en a pas nommé, ou que le tuteur par lui désigné est incapable ou excusé. — Cette charge est imposée au grevé lui-même s'il est majeur, et, s'il est mineur, à son tuteur.

Quel délai ont-elles à cet effet?

Pour l'accomplissement de cette obligation, le grevé a *un mois*, à partir soit du jour du décès du disposant, soit du jour où, depuis ce décès, l'acte contenant la substitution a été connu.

Art. 1057.

Quid, si le grevé a manqué à ce devoir? *Sera*-t-il déchu du bénéfice de la substitution?

949. — Quant à la *sanction* de cette obligation, le Code s'exprime ainsi : « Le grevé qui n'y aura point satisfait SERA *déchu* du bénéfice de la disposition ; et, dans ce cas, le droit *pourra* être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence soit des appelés, s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur, s'ils sont mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur impérial près le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. »

L'art. 1057 ne se sert-il point, à cet égard, d'expressions qui semblent contradictoires? Comment peut-on les concilier? Les juges n'ont-ils pas cependant un certain pouvoir discrétionnaire?

La première phrase de cette disposition contient un *ordre impératif* pour le juge : le grevé *sera* déchu de son droit, s'il n'a pas satisfait à son obligation.

La seconde phrase, au contraire, semble laisser au juge un *pouvoir discrétionnaire :* le droit *pourra* être déclaré ouvert au profit des appelés.

Mais cette contradiction n'est qu'apparente : la loi annonce deux idées distinctes, deux règles ayant chacune un objet différent. La première est relative à la *déchéance :* cette déchéance est inévitable ; le juge *doit* la prononcer. La seconde est relative à l'énumération des personnes qui *peuvent* s'adresser à la justice, à l'effet de faire prononcer la déchéance du grevé.

Remarquons, toutefois, que les juges ont un certain pouvoir

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 42. — *Contra*, MM. Marc., article 1055; Colm. de S., n° 217 *bis*, III.

discrétionnaire. Toute déchéance, en effet, est une *peine*, et toute peine suppose une *faute*. Or, qu'on suppose que le grevé ne soit âgé que de quelques jours et qu'il ne soit pas encore pourvu d'un tuteur : dira-t-on que ce grevé a été négligent? Et, si quelque cas fortuit ou de force majeure a empêché le grevé d'accomplir son obligation dans le délai que lui donne la loi, dira-t-on qu'il est en faute? Je crois donc que les juges ont un point à vérifier : le grevé qui n'a pas satisfait à son obligation est-il *en faute?* Si oui, les juges *doivent* le déclarer déchu de son droit. Si non, point de déchéance.

Qui profite de la déchéance prononcée contre le grevé?

950. — La déchéance prononcée contre le grevé, étant la sanction d'une obligation imposée dans l'intérêt des appelés, ne peut profiter qu'à ces derniers : eux seuls en profitent. Ainsi, les biens substitués ne font point retour au disposant ou à ses héritiers.

Le droit du grevé *cessant*, le droit des appelés s'ouvre. Il s'ouvre tant au profit des appelés *à naître* qu'au profit des enfants *déjà nés*. Tout ce que nous avons dit sous les nos 941-943 reçoit ici son application.

Art. 1058 à 1061.

951. — II. *Inventaire des biens. — Dans quel cas il y a lieu de confectionner un inventaire* (voy. la Form. 336). — Un inventaire doit être dressé, toutes les fois que la substitution comprend une universalité de biens ou une quote-part de cette universalité. Ainsi, lorsqu'un légataire universel ou à titre universel est chargé de rendre à ses enfants les biens dont il a été gratifié, l'inventaire est nécessaire. — Il ne l'est pas, au contraire, lorsqu'un légataire particulier ou un donataire est grevé de la même charge. On comprend le motif de l'exception : le legs particulier contient lui-même l'inventaire des biens substitués ; il en est de même de la donation mobilière, puisqu'elle n'est valable qu'autant qu'elle est accompagnée d'un état énumératif et estimatif des biens donnés (art. 948).

La loi ne veut-elle point que les biens substitués soient inventoriés?

Cet inventaire est-il toujours nécessaire?

Ce que doit contenir l'inventaire. — Il contient : 1° une désignation individuelle des biens ; 2° une estimation à juste prix des meubles et effets mobiliers. Cette estimation n'est pas nécessaire quant aux meubles incorporels, tels que des créances ou des rentes : elle serait sans objet.

Que doit-il contenir?

Quelles personnes sont chargées de faire dresser l'inventaire. Dans quel délai il doit être dressé et aux frais de qui. — Cette charge est imposée : 1° au grevé s'il est majeur, et, s'il est mineur, à son propre tuteur ; 2° au tuteur nommé à la substitution, lorsque le grevé ou son tuteur n'a pas satisfait à son obligation. — S'il est fait à la requête du grevé ou de son représentant, le tuteur à la substitution doit y être appelé.

Quelles personnes sont obligées de le faire dresser?

Dans quel délai doit-il être fait et aux frais de qui?

Il doit être dressé « dans le délai fixé au Titre *Des successions*, » c'est-à-dire dans les trois mois à partir du jour de la mort du testateur. Lorsqu'il n'a pas été fait à la requête du grevé, dans le délai qui lui est accordé à cet effet, le tuteur à la substitution est tenu d'y faire procéder dans le mois suivant.

S'il n'a pas été fait à la requête soit du grevé, soit du tuteur à la substitution, les appelés, s'ils sont majeurs, leur tuteur, s'ils sont mineurs, leurs parents et le procureur impérial, peuvent le faire dresser, mais à la charge d'y appeler le grevé ou son tuteur et le tuteur à la substitution.

Les frais qu'il occasionne sont pris sur les biens substitués.

Art. 1062 à 1064.

Le grevé a-t-il le droit de conserver les biens en nature? Est-il, au contraire, obligé de les vendre? Quelles distinctions faut-il faire à cet égard?

952.—III. *Vente du mobilier* (voy. la Form. 337). —Les meubles dépérissent et se déprécient par le temps; il n'en est pas de même de l'argent : l'intérêt des appelés exigeait donc que le mobilier fût transformé en argent.

Ainsi, le grevé est tenu de faire procéder à la vente, par affiches et sur enchères, de tous les meubles et effets compris dans la substitution, à l'exception néanmoins :

1° Des meubles meublants et autres choses mobilières qui ont été compris dans la disposition sous la condition expresse de les conserver en nature. Ces meubles doivent être rendus dans l'état où ils se trouvent au moment de la restitution, sauf la responsabilité du grevé quant aux détériorations qui proviennent de son chef (art. 589).

2° Des bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les immeubles substitués. Le grevé est seulement tenu de les faire estimer (voy. la Form. 338), afin de pouvoir, lors de la restitution, rendre des bestiaux ou ustensiles de même valeur (art. 1821).

Le grevé n'est pas obligé de vendre les *immeubles;* les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres sont des *immeubles:* dès lors, qu'était-il besoin de faire une exception pour le dispenser de les vendre?

Ces bestiaux et ustensiles sont des *immeubles* par destination (art. 524); la loi n'impose pas au grevé l'obligation de vendre les *immeubles* : dès lors, qu'était-il besoin de faire une exception pour le dispenser de vendre les bestiaux et ustensiles accessoires des immeubles substitués?

La critique serait fort juste si tous les Titres du Code avaient été faits dans un ordre chronologique; mais il n'en est pas ainsi. Le Titre *des Donations*, où se trouve l'art. 1064 que nous expliquons, a été fait un an environ avant le Titre *de la Distinction des biens*, où se trouve l'art. 524; or, les bestiaux et ustensiles servant à l'exploitation d'un immeuble étaient rangés, à l'époque de la rédaction de notre art. 1064, dans la classe des meubles : ce n'est que plus tard qu'ils ont été compris parmi les immeubles.

Dans quel délai doit être faite la vente des biens que le grevé n'a pas le droit de conserver en nature?

— La loi ne dit point dans quel délai la vente doit être faite; mais, comme le prix de vente doit être employé dans les six mois à compter de la clôture de l'inventaire, il est naturel de supposer que la loi a entendu que la vente fût faite dans le même délai.

Art. 1065 à 1068.

Le grevé n'est-il pas obligé de faire l'emploi des sommes substituées? Quelles sont ces sommes? Dans quel délai doit-il en faire emploi?

953. — IV. *Emploi des capitaux.— Des capitaux dont il doit être fait emploi.* — Doivent être employées toutes les sommes qui sont comprises dans la substitution. Ces sommes sont : 1° celles qui ont été données ou léguées par le disposant au grevé; 2° celles qui proviennent de la vente des meubles; 3° celles qui proviennent du paiement des créances ou rentes qui étaient comprises dans la substitution.

Dans quel délai doit être fait l'emploi de ces sommes. — On dis-

tingue. Quant aux sommes qui ont fait l'objet direct de la substitution ou qui proviennent de la vente du mobilier, l'emploi doit être fait dans les *six mois* à compter de la clôture de l'inventaire. C'est dans *le même délai* que doit être fait l'emploi des sommes provenant du paiement des créances et des rentes, lorsque le recouvrement de ces sommes par le grevé a eu lieu *avant* la clôture de l'inventaire. Ce délai peut être prolongé, s'il y a lieu.

Quant aux sommes qui ont été payées *depuis* la clôture de l'inventaire, l'emploi doit être fait dans les *trois mois* à compter du paiement. Ce délai ne peut pas être prolongé.

Dans le premier cas, le délai est plus long, parce que les sommes dont il doit être fait emploi sont ordinairement plus considérables que celles qui sont à placer dans le second.

Comment doit être fait l'emploi ?

Comment doit être fait l'emploi. — On distingue. Si le disposant a indiqué la manière dont les fonds doivent être placés, l'emploi doit être fait conformément à ce qu'il a prescrit.

S'il a gardé le silence à ce sujet, les capitaux servent d'abord au paiement des dettes qui sont une charge des biens substitués. L'excédant doit être employé à acquérir des immeubles, ou prêté *avec privilége* sur des immeubles (1).

Peut-on placer de l'argent *avec privilége* ?

954. — Mais comment placer *avec privilége?* On peut prêter *avec hypothèque :* car l'hypothèque est une garantie qui peut être acquise au moyen d'une convention intervenue entre le prêteur et l'emprunteur (art. 2117). Mais il n'en est pas de même du *privilége.* Cette garantie ne s'acquiert point par convention; la loi l'attache à certaines créances (art. 2095), et en dehors des cas prévus par elle, aucun privilége n'existe. La créance née d'un contrat de prêt n'est pas comprise dans les cas prévus : comment donc *placer avec privilége ?*

On place son argent *avec privilége* au moyen de la subrogation, c'est-à-dire en employant son argent à payer la dette d'un tiers dont les biens sont grevés d'un privilége, et en se faisant mettre au lieu et place du créancier (art. 1250, 1° et 2°; art. 2103, 2° et 5°).

Le placement sur première hypothèque serait-il régulier ?

— Le placement fait sur une première hypothèque serait-il régulier? Je le pense. Dans certains cas, l'hypothèque prime le privilége (voy., au t. III, le n° 1249); or, la loi, dans l'espèce, entend par privilége *la plus solide des garanties :* elle est donc satisfaite, du moment que l'hypothèque qui garantit le placement présente plus ou au moins autant de garantie qu'un privilége (2).

Qui doit faire emploi ?

Qui doit faire l'emploi. — Il doit être fait par le grevé, mais en la présence et à la diligence du tuteur à la substitution. — Les sommes ainsi employées ne peuvent être remboursées au grevé

(1) L'emploi peut également être fait en rentes trois pour cent de la dette française (art. 46 de la loi de finances du 2 juillet 1862).

(2) MM. Dur., t. IX, n° 574; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 47. — *Contrà*, MM. Colm. de S., n° 229 *bis*. II; Marc., art. 1068.

qu'en la présence du même tuteur, qui doit exiger un nouvel emploi.

Art. 1069 et 1073.

955. — V. *De la publicité de la substitution. Dans quel but la loi ordonne la publicité de la substitution.* — On sait que le grevé n'est point propriétaire irrévocable des biens substitués; que son droit s'éteint rétroactivement par la réalisation de la condition résolutoire à laquelle il est subordonné, ce qui entraîne l'extinction de tous les droits qui émanent de lui (voy. les nos 905 et 929). La substitution eût donc été un piége tendu à la crédulité publique, si la loi n'eût pas pris soin de mettre les tiers à même de la connaître.

Les substitutions ne doivent-elles pas être rendues publiques? Dans quel but doivent-elles l'être? Quelles personnes sont chargées de les rendre publiques?

Quelles personnes sont chargées de la rendre publique. — La loi n'impose expressément cette obligation qu'au grevé et au tuteur nommé à la substitution. Mais il est évident que la même obligation existe, 1° pour le tuteur du grevé, quand il est mineur (article 1056, arg.); 2° pour le tuteur des appelés (art. 940).

Comment les rend-on publiques? Dans quel cas recourt-on à la *transcription*?

Du mode de publicité. — La loi distingue : la publicité consiste, *quant aux immeubles*, dans *la transcription des actes* sur les registres du bureau des hypothèques de la situation du bien; *quant aux sommes placées avec privilége*, dans une *inscription* sur les immeubles affectés au privilége.

Quid, si la transcription de l'acte de donation ne contient pas la clause où se trouve écrite la substitution?

956. — *Transcription des actes.* — Les *actes* à transcrire peuvent être : un acte de donation, un testament, un acte de vente.

Acte de donation. — Lorsqu'une donation est grevée de substitution, l'acte qui la constate doit être transcrit en son entier. De cette manière, on apprend aux tiers : 1° que le donateur a cessé d'être propriétaire; 2° que le grevé n'a sur les biens substitués qu'une propriété *révocable*.

Le conservateur qui fait la transcription doit donc bien prendre garde de ne pas oublier de transcrire sur son registre la petite clause où se trouve écrite, dans l'acte de donation, la charge de conserver et de rendre imposée au grevé : autrement, la libéralité qui serait transcrite *comme donation* ne le serait pas *comme substitution*. Cette observation est fort importante; j'en tirerai bientôt des conséquences.

Quid, si une donation, qui a été transcrite comme donation pure et simple, a été après coup grevée de substitution, conformément à l'article 1052?

957. — Je donne à mon fils, purement et simplement, une maison A, située à *Rouen*. Je lui donne ensuite une maison B, située à *Orléans;* je la lui donne sous cette condition qu'il sera chargé de conserver et de rendre à ses enfants la maison A que je lui ai précédemment donnée (voy. le no 926). — Dans cette hypothèse, le grevé doit faire transcrire la seconde donation au bureau d'*Orléans*, afin d'avertir les tiers que le donateur a cessé d'être propriétaire de la maison B. Mais il ne doit pas s'en tenir là. La première donation ayant été transcrite à *Rouen*, comme *donation pure et simple*, les tiers qui traiteraient avec le grevé, quant à la maison A, seraient trompés dans leur attente, si l'on ne prenait soin de les avertir qu'à la date de la seconde donation le grevé, qui avait été jusque-là propriétaire incommutable de cette maison A, n'en

est plus maintenant propriétaire que *sous condition résolutoire*. Il importe donc qu'il fasse faire, en marge de la transcription faite à *Rouen*, mention de la charge de conserver et de rendre dont il est actuellement grevé. A défaut de cette mention, la première donation sera bien transcrite *comme donation*, mais elle ne le sera pas *comme substitution*.

Le legs grevé de substitution doit-il être transcrit? Le système de la loi à cet égard est-il logique?

958. — *Testament.* — La substitution doit être rendue publique, non-seulement lorsqu'elle est la charge d'une donation, mais encore lorsqu'elle est la charge d'un legs. Ainsi, le testament doit être transcrit comme la donation.

Remarquons qu'un legs, *en tant que legs*, n'a pas besoin d'être transcrit. Dès que le testateur est mort, le legs est réputé connu : les tiers sont réputés savoir que la chose léguée appartient, non pas aux héritiers légitimes du testateur, mais à son légataire.

Quant à *la substitution* dont il est grevé, la présomption de la loi est toute contraire : la substitution n'est pas réputée connue tant que le legs n'a pas été transcrit. C'est un système fort original. Comment, en effet, comprendre que les tiers soient réputés *ignorer* la clause essentielle d'un acte qu'ils sont réputés *connaître* (1)?

Quid, lorsque le grevé a employé les capitaux substitués à acquérir des immeubles?

—*Acte de vente.*—Lorsque des sommes substituées ont été employées à acquérir des immeubles (voy. le n° 953), l'acte où l'emploi est relaté contient cette mention expresse ou implicite que les biens acquis seront substitués comme l'étaient les sommes qui ont servi à les acquérir, et qu'ainsi le grevé n'aura sur eux qu'un droit *révocable*. Cet acte est soumis à la formalité de la transcription. Quand il est transcrit, les tiers qui le consultent y apprennent tout ce qu'il leur importe de savoir.

Quid, lorsque les capitaux ont été placés avec privilége?

959. — *De l'inscription.* — Quand les sommes substituées ont été placées avec privilége (voy. le n° 954), la créance acquise en vertu de ce placement n'appartient pas *irrévocablement* au grevé : les droits qu'il conférera sur elle, soit en la cédant, soit en la donnant en gage, ne seront pas plus irrévocables que le sien. Il importe donc que les tiers soient avertis. Mais comment le seront-ils?

Ils le seront, soit au moyen d'une annotation en marge de l'inscription prise au nom du créancier auquel le grevé a été subrogé, soit au moyen d'une mention dans l'inscription que le grevé est tenu de prendre lui-même lorsqu'il est subrogé à un créancier dont la créance n'était pas encore inscrite.

Art. 1070 à 1072.

Dans quel but les donations doivent-elles être transcrites? Dans quel but les substitutions doivent-elles l'être?

960. — *Des personnes qui peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription ou d'inscription, et de celles qui ne le peuvent pas.* — Il ne faut pas confondre la publicité de la *donation* avec la publicité de la *substitution* (voy. les n^os^ 956 et 957).

La première a pour but d'avertir les tiers que *le donateur* a cessé d'être propriétaire, et qu'il ne peut plus transférer aucun

(1) Voy. mon *Traité de la Transcription*, t. I, n^os^ 5 et suiv.

Ne se peut-il point qu'une donation grevée de substitution soit transcrite comme *donation* sans l'être comme *substitution*?

droit sur les biens dont il s'est dépouillé. — A défaut de cette notification de la donation aux tiers, le donateur reste, à leur égard, propriétaire de la chose donnée, et, par suite, capable de l'aliéner en tout ou en partie (voy. le n° 635-3°).

Quelles personnes peuvent opposer aux appelés le défaut de publicité de la *substitution*?

La seconde a pour but d'avertir les tiers que *le donataire* n'est point propriétaire irrévocable des biens substitués, et, par suite, que les droits qu'il conférera ne seront pas plus irrévocables que le sien. — A défaut de cette notification aux tiers, le grevé est, à leur égard, propriétaire incommutable, et, par suite, capable de transférer, du moins en général, des droits irrévocables.

Les tiers qui traitent avec le *disposant*, ou, plus généralement, ses ayant-cause, n'ont aucun intérêt à connaître la *substitution*. Elle ne peut leur causer aucun préjudice : car que leur importe que le donataire soit ou ne soit pas grevé de substitution? Ce qu'il leur importe de savoir, c'est que le *disposant* a cessé d'être propriétaire de la chose donnée.

Ceux-là seulement ont intérêt à connaître la *substitution* qui traitent avec le *grevé* : il est important, en effet, qu'ils sachent que le propriétaire avec lequel ils se mettent en relation ne peut transférer que des droits résolubles.

De là cette double conséquence :

1° Les ayant-cause du *disposant* peuvent bien opposer *au grevé* le défaut de publicité *de la donation* (art. 941); mais ils n'ont point qualité pour opposer *à l'appelé* le défaut de publicité *de la substitution*.

2° Ce droit n'appartient et ne peut appartenir qu'aux ayant-cause du *grevé*.

Telle est la théorie que suivait Pothier, et telle est aussi, je crois, la théorie du Code (1). L'art. 1070 règle les droits de ceux qui ont traité avec le *grevé*; l'art. 1072, les droits de ceux qui ont traité avec le *disposant*.

Les créanciers chirographaires du grevé le peuvent-ils?

961. — Aux termes de l'art. 1070, le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition pourra être opposé *à l'appelé* par *les créanciers* et par *les tiers acquéreurs qui ont* (l'article le suppose) *traité avec le grevé*.

Par les créanciers... hypothécaires ou non hypothécaires, car la loi ne distingue pas. Quelle raison y a-t-il, d'ailleurs, de protéger les uns moins que les autres?

... *Et par les tiers acquéreurs*, c'est-à-dire les tiers acquéreurs *à titre onéreux*. On admet généralement que les acquéreurs *à titre gratuit* ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. C'était, dit-on, l'avis de Pothier, et il n'est pas probable que le Code s'en soit écarté. On comprend, d'ailleurs, le motif de cette distinction. Si les acquéreurs *à titre onéreux* n'étaient pas autorisés à opposer le défaut de transcription, ils seraient victimes de l'ignorance dans laquelle on les a laissés, atteints dans leur fortune, ruinés peut-

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 462 et 466.

être. Il n'en est pas de même des acquéreurs à titre gratuit. Leur fortune ne sera point atteinte. Ils manqueront sans doute de s'enrichir ; mais est-il juste qu'ils s'enrichissent aux dépens des appelés ?

Si les *donataires* du grevé ne peuvent point opposer aux appelés le défaut de publicité de la substitution, il est clair qu'il en est de même de ses *légataires* et de ses *héritiers ab intestat*.

Quel cas l'art. 1072 suppose-t-il ? Sa disposition est-elle utile ?

962. — Aux termes de l'art. 1072, « les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes *du disposant*, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne peuvent, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription. »

La loi suppose que la *donation* a été publiée comme donation, mais qu'elle ne l'a pas été comme *substitution* (voy. les nos 956 et 957). Dans ce cas, les ayant-cause du *disposant*, ceux qui ont traité avec lui ou ses héritiers, ont été avertis de la libéralité dont il a gratifié le grevé : dès lors, qu'importe qu'ils aient ignoré la substitution ? Leur ignorance à cet égard ne leur cause aucun préjudice, puisqu'ils ne sont point les ayant-cause du grevé. Ils n'ont, par conséquent, aucun intérêt à se plaindre du défaut de publicité de la *substitution*.

Cette disposition de la loi était inutile : car il est bien évident que ceux-là seulement peuvent opposer le défaut de publicité de la *substitution* qui souffriraient de l'ignorance dans laquelle on les a laissés, si la substitution leur était opposable. Les rédacteurs du Code l'ont copiée dans l'art. 34 de l'Ordonnance de 1747, où elle était également inutile, mais où elle avait été insérée afin de prévenir toute confusion entre la publicité de la *donation* et la publicité de la *substitution* (1).

963. — En résumé, peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription de la substitution : 1° les acquéreurs à titre onéreux qui ont acquis, du chef du grevé, les biens substitués ; 2° ses créanciers.

Les ayant-cause du grevé peuvent-ils opposer le défaut de publicité de la substitution, lors même qu'il est prouvé qu'ils l'ont connue par d'autres voies que la transcription ?

Ce droit leur appartient, lors même qu'il est démontré qu'ils ont eu, au moment où ils ont traité avec le grevé, connaissance de la substitution par d'autres voies que la transcription. Il fallait couper court aux procès qu'eût amenés avec elle la question de savoir si les ayant-cause du grevé avaient ou non traité avec lui dans l'ignorance de la substitution.

Peuvent-ils l'opposer aux appelés mineurs ou interdits dont le tuteur est insolvable ?

Il leur appartient, lors même que les appelés sont mineurs ou interdits ; lors même enfin que le grevé ou le tuteur à la substitution, contre lesquels les appelés mineurs ou interdits peuvent recourir, sont insolvables. L'intérêt du crédit public a dû l'emporter sur la faveur que la loi accorde aux incapables.

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VIII, p. 466 ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 49. — *Contrà*, MM. Colm. de S., n° 238 *bis*, I ; Marc., art. 1072. — J'ai, dans mon *Traité de la transcr.* (n° 430), proposé une explication nouvelle de l'art. 1072.

CHAPITRE VII. — DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

19e *Répétition.*

Art. 1075.

Pourquoi la loi permet-elle aux pères et mères de partager eux-mêmes leurs biens entre leurs enfants?

964. — I. *Motifs du droit qu'ont les ascendants de partager leurs biens entre leurs descendants.* — Ce n'est pas une chose facile que de partager, à la convenance de chacun des ayant-droit, une masse de biens indivis. Cette opération entraîne souvent des dissensions, d'autant plus regrettables qu'elles divisent presque toujours ceux que la nature a faits pour être unis, les membres de la même famille. La loi a donc dû écarter, autant que possible, cette cause de discorde. Confiante en la sagesse du chef de famille, elle l'autorise à faire lui-même le partage et la distribution de ses biens entre ses enfants.

Cette faculté est précieuse sous un autre rapport : elle fournit à l'ascendant qui doit laisser parmi ses héritiers un enfant mineur ou interdit le moyen d'éviter, par le partage qu'il fait lui-même, les lenteurs et les frais qu'entraînerait avec lui le partage judiciaire, auquel ses héritiers seraient obligés de recourir pour sortir d'indivision.

Art. 1076.

Dans quelles formes ce partage peut-il être fait?

965. — II. *De la forme du partage d'ascendant.* — Ce partage peut être fait, soit par acte de dernière volonté, soit par acte entre-vifs.

— Lorsqu'il est fait *par acte de dernière volonté*, l'ascendant doit employer l'une des formes de tester admises par la loi : ce sera ou la forme olographe, ou la forme authentique, ou la forme mystique (voy. la Form. 341).

Lorsqu'il est fait par acte de dernière volonté, n'emprunte-t-il que les *formes* des testaments? N'est-il pas aussi soumis aux *mêmes règles* et *conditions?* Qu'en faut-il conclure?

Ce *testament-partage* n'emprunte pas seulement les *formes* ordinaires des testaments ; il est, de plus, soumis aux mêmes *règles* et *conditions*. De là il suit :

1° Qu'il ne peut être fait que par une personne capable de disposer de ses biens (art. 901) ;

2° Qu'il ne peut l'être qu'au profit des enfants capables de recevoir du testateur au jour de son décès (art. 906) ;

3° Qu'il ne peut être fait par deux ascendants dans *un seul et même acte* (art. 968) ;

4° Qu'il ne transfère, du vivant du testateur, aucun droit aux enfants copartagés (art. 895) ;

5° Qu'il est essentiellement révocable, au gré du testateur (article 895).

Lorsqu'il est fait par acte entre-vifs, n'emprunte-t-il que les *formes* des donations? N'est-il pas aussi soumis aux mêmes *règles* et *conditions?* Qu'en faut-il conclure?

— Lorsque le partage est fait *par acte entre-vifs*, l'ascendant doit employer les *formes* prescrites pour les donations (voy. les Form. 339 et 340). Cette *donation-partage* est, en outre, soumise aux *règles* et *conditions* qui régissent les libéralités proprement dites. De là les conséquences suivantes :

1° Le partage par acte entre-vifs doit être fait devant notaires et avec minute (art. 931).

2° Il doit être accepté par les enfants apportionnés, ou accepté pour eux par les mêmes personnes et dans les mêmes formes que s'il s'agissait d'une donation ordinaire. L'acte qui le constate doit contenir mention expresse de cette acceptation (art. 932 et s.).

3° Il n'est valable qu'autant qu'il est fait entre une personne capable de disposer et ses enfants capables de recevoir au moment du contrat (art. 906).

4° S'il comprend des objets mobiliers, un état estimatif doit être dressé et annexé à l'acte de partage (art. 948).

5° S'il comprend des immeubles susceptibles d'hypothèque, il doit être transcrit (art. 939 et s.).

6° Il ne peut comprendre que les biens présents de l'ascendant qui le fait (art. 943).

7° Il ne peut être fait sous des conditions dépendantes de la volonté de l'ascendant (art. 894, 944 et s.).

8° Dès qu'il a été dûment accepté, la propriété des biens qu'il comprend passe de l'ascendant à ses enfants (art. 938).

9° L'ascendant peut stipuler le droit de retour, conformément à l'art. 951.

966. — III. *Des dettes de l'ascendant qui a partagé ses biens entre ses enfants.* — Les enfants en sont-ils tenus ?

Lorsqu'un père ou une mère a partagé ses biens entre ses enfants, ceux-ci sont-ils tenus de ses dettes ? Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ?

Le Code ne s'explique pas sur cette question. Il faut, pour la résoudre, distinguer si le partage a été fait par *testament* ou par *donation*.

1° *Partage fait par testament.* — Ce testament ne crée point un droit de succession *testamentaire ;* il a seulement pour objet de régler l'exercice du droit de succession conféré par la loi. Les enfants apportionnés ne sont donc point, à proprement parler, des *légataires :* ils viennent et succèdent en qualité d'héritiers *ab intestat*. De là il suit qu'ils sont tenus des dettes du défunt *ultrà vires successionis*, chacun en proportion de sa part héréditaire. Mais, bien entendu, chacun d'eux est libre, soit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, auquel cas il n'est tenu qu'*intrà vires successionis*, soit de répudier la succession (1).

Lorsqu'ils en sont tenus, le sont-ils *ultrà vires bonorum* ?

2° *Partage fait par acte entre-vifs, dans la forme des donations.* — Si l'ascendant a imposé à ses enfants l'obligation de payer ses dettes, cette clause du contrat doit être observée, cela est évident. Remarquons, toutefois, qu'elle restera sans application quant aux dettes qui n'auront point une date certaine antérieure au partage: nous savons, en effet, qu'une donation ne peut pas être faite à la charge, par le donataire, de payer les dettes que le donateur pourra contracter *postérieurement à la donation* (voy. le n° 708). — Mais, si le partage est muet sur le paiement des dettes, les enfants donataires sont-ils tenus de payer celles qui ont une date certaine antérieure au partage ? On distingue :

(1) MM. Dur., t. IX, n° 630; Val. ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 231; Colm. de S., t. IV, n° 243 *bis*, XI.

Ils en sont tenus lorsque l'ascendant a disposé *per modum universitatis*, c'est-à-dire lorsque le partage contient d'abord pour chaque enfant l'attribution d'une *fraction* des biens, et ensuite la désignation des objets spéciaux dont se compose cette fraction. Dans ce cas, en effet, chaque enfant est donataire à titre universel, et il est de principe que toute universalité de biens est naturellement grevée de l'universalité des dettes: *bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto* (voy. les nos 32 et 432). Il est bien entendu, au reste, qu'ils n'en sont tenus qu'*intrà vires bonorum*: car, d'une part, ils ne représentent pas la personne du donateur qui est vivant, et, d'autre part, ils ne succèdent qu'aux biens compris dans le partage.

Ils n'en sont point tenus lorsque l'ascendant a directement disposé par attribution d'objets spéciaux à chacun de ses enfants : car chaque copartagé ne succède alors qu'à des objets individuellement déterminés, et il est de principe que ceux qui succèdent *à titre particulier* ne succèdent point aux dettes de leur auteur (voy. les nos 4, 431 et 433). Dans cette hypothèse, les créanciers chirographaires de l'ascendant n'ont d'autre ressource que celle qui leur est offerte par l'art. 1167 (1).

Art. 1077 à 1079.

L'ascendant qui distribue ses biens entre ses enfants par acte entre-vifs ou de dernière volonté fait-il des *donations* ou des *legs* proprement dits?

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'il fait un *partage*?

La violation de l'article 832 est-elle, en cette matière, une cause de nullité?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

967. — IV. *Des causes de nullité ou de rescision du partage d'ascendant.* — L'ascendant qui distribue son patrimoine entre ses enfants par donation ou par testament ne fait point des *donations* ou des *legs* proprement dits ; il fait pour eux ce qu'ils feraient eux-mêmes à son décès, il fait un *partage* (voy. le no 966-1o). Cette attribution de lots qu'il fait ainsi sous la forme d'une donation ou d'un testament doit, dès lors, être régie comme l'eût été le partage que ses enfants eussent été obligés de faire à son décès s'il n'eût pas fait lui-même leur propre affaire. De là plusieurs conséquences :

1o L'ascendant doit se conformer au vœu de l'art. 832. Il doit donc, d'une part, éviter, *autant que possible,* le morcellement des héritages, et, d'autre part, faire entrer dans chaque lot, *s'il se peut*, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature ou valeur. — J'ai dit, avec l'art. 832, *autant que possible..., s'il se peut...,* parce qu'en effet la nature des biens à partager s'oppose quelquefois à l'application de cette règle : ainsi, l'ascendant qui n'a pour fortune qu'un immeuble non susceptible d'être commodément partagé peut l'attribuer *pour le tout* à l'un de ses enfants, en le chargeant de payer une soulte en argent à ses frères et sœurs (2).

La violation de la règle consacrée par l'art. 832 entraîne la nullité du partage, lorsqu'il a été fait par testament : l'enfant qui se plaint de la composition des lots peut le faire annuler, sans qu'il

(1) MM. Dur., t. IX, no 630; Val.; Colm. de S., no 243 *bis*, V; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 230. — *Contrà*, Marc., art. 1078.

(2) MM. Dur., t. IX, no 658; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 221. — *Contrà*, M. Colm. de S., no 243 *bis*, XIX.

soit tenu de justifier d'aucune lésion. — Il n'en est pas de même lorsque le partage a été fait par donation. Dans cette hypothèse, en effet, les enfants ont, en acceptant la donation, contribué eux-mêmes à la composition des lots : dès lors, ils ne peuvent point attaquer ce qu'ils ont ratifié d'avance (1).

Quid, si le partage ne comprend point tous les biens que l'ascendant a laissés à son décès ?

2° Le partage est valable, quoiqu'il ne comprenne pas tous les objets que l'ascendant laisse à son décès : les biens qui n'y ont pas été compris sont alors partagés conformément à la loi (art. 887).

Quid, s'il n'a pas été fait entre tous les ayant-droit au partage ?

Quels sont ceux-là ?

3° Il est nul, au contraire, s'il n'a pas été fait entre tous les ayant-droit au partage des biens de l'ascendant. Les ayant-droit sont, non pas les enfants ou descendants existant au moment de l'acte, mais seulement ceux qui sont héritiers *ab intestat*. Ainsi, l'omission d'un enfant existant au moment de l'acte, mais décédé avant l'ascendant, n'entraîne point la nullité du partage. Il en est de même de l'omission d'un enfant qui a survécu à l'ascendant, mais qui a répudié sa succession ou qui en a été exclu pour cause d'indignité. En d'autres termes, le partage est comme non avenu lorsque l'enfant omis *est et reste réellement héritier* AB INTESTAT de l'ascendant.

Le droit de provoquer un nouveau partage n'appartient-il qu'à l'ayant-droit qui a été omis ?

Lorsque le partage est nul, l'enfant omis peut en provoquer un second, qui se fait alors conformément à la loi. Le même droit appartient aux enfants apportionnés : car, aux termes de l'art. 815, personne n'est tenu de rester dans l'indivision.

Qu'arrive-t-il lorsque l'un des enfants apportionnés est mort avant l'ascendant ?

Ne faut-il pas, pour résoudre cette question, distinguer plusieurs cas ?

968. — Qu'arrive-t-il lorsque l'un des enfants apportionnés meurt avant l'*ascendant* ? La loi n'a pas prévu ce cas. On peut combler cette lacune en distinguant : 1° si le partage a été fait par testament ou par donation ; 2° si l'enfant prédécédé a lui-même laissé ou non des enfants.

PREMIER CAS. *Le partage a été fait par testament, et l'enfant prédécédé a laissé des enfants.* — Ses enfants le représentent et prennent le lot qui lui avait été assigné.

SECOND CAS. *Le partage a été fait par testament, et l'enfant prédécédé n'a point laissé d'enfants.* — Le lot assigné à l'enfant prédécédé étant vacant, les biens qui le composent sont partagés entre les autres enfants, conformément à la loi (art. 1077).

TROISIÈME CAS. *Le partage a été fait par donation, et l'enfant prédécédé a laissé des enfants.* — Le partage est valable. Les enfants de l'enfant prédécédé ne peuvent pas, en effet, soutenir qu'ils n'ont pas été apportionnés : car, par cela même qu'une part a été attribuée à leur père et recueillie par lui, ils sont censés l'avoir eux-même reçue, puisque, aux termes de l'art. 848, les petits-enfants, qui représentent leur père, sont réputés avoir reçu ce que le défunt lui a donné.

(1) MM. Dur., t. IX, n° 658; Val.; Colm. de S., t. IV, n° 243 *bis*, XVII. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 222.

Sur toute cette matière des causes de nullité ou de rescision, voy. surtout le *Traité des partages d'ascendants* par M. Réquier, président de chambre à la Cour d'Agen.

QUATRIÈME CAS. *Le partage a été fait par donation, et l'enfant prédécédé n'a point laissé d'enfants.* — Il semble, à première vue, que le lot qui lui a été attribué est vacant, et qu'il doit, en conséquence, être partagé, conformément à la loi, entre les enfants qui ont survécu. Ce n'est, en effet, qu'en sa qualité d'*héritier éventuel* qu'il a été apportionné (voy. les nos 969 et 966); or, cette qualité se trouve défaillie, elle ne s'est point réalisée dans sa personne.— Cette solution ne doit cependant pas être admise. Le partage ayant été fait, dans l'espèce, par acte entre-vifs, par donation, chaque enfant donataire a été *immédiatement* et *irrévocablement* investi des biens compris dans son lot. L'enfant prédécédé a pu, par conséquent, valablement aliéner ceux qui lui ont été assignés. Quant à ceux qu'il a conservés, ils font retour à l'ascendant donateur (art. 747), et c'est dans la succession de celui-ci que les enfants survivants viennent les recueillir.

L'art. 887 est-il applicable en cette matière?

Quid, si l'enfant lésé de plus du quart a cependant reçu toute sa réserve?

969. — 4° Le partage est rescindable pour cause de lésion de plus du quart (art. 887), encore que l'enfant qui a été lésé ait toute sa réserve ou même plus que sa réserve. Soit un patrimoine de 60,000 fr. à partager entre deux enfants, *Primus* et *Secundus;* le père donne 38,000 fr. à *Primus*, 22,000 à *Secundus :* ce dernier a reçu un lot qui dépasse sa réserve (elle est de 20,000 fr. dans l'espèce), et cependant il a le droit de se plaindre. Il peut faire rescinder le partage : car il n'a pas reçu les trois quarts (22,500 fr.) de la portion qui lui aurait été attribuée si l'égalité eût été strictement observée dans le partage : il a été lésé de plus du quart.

Eu égard à quels biens la lésion s'estime-t-elle?

L'enfant qui n'a pas reçu un lot égal à sa réserve peut-il se plaindre si son lot est égal aux trois quarts de sa portion héréditaire *dans les biens partagés?*

Remarquons que la lésion s'estime, non pas eu égard à la masse des biens qui composent le patrimoine de l'ascendant, mais eu égard à la masse *des biens partagés* entre les enfants. Il en résulte que l'enfant qui a reçu les trois quarts au moins de sa portion héréditaire *dans les objets partagés* n'a pas le droit de se plaindre, lors même que le lot qui lui a été attribué est inférieur à sa réserve. Exemple. Un père qui a trois enfants, *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, et 80,000 fr., donne *par préciput et hors part* 20,000 fr. à *Primus*, ce qui réduit la masse *partageable* à 60,000 fr.; sur cette masse, il attribue 20,000 fr. à *Primus*, 25,000 à *Secundus*, 15,000 à *Tertius : Tertius* reçoit un lot au-dessous de sa réserve (elle est de 20,000 fr. dans l'espèce), et cependant il ne peut demander ni la réduction des 20,000 fr. qui ont été donnés à *Primus*, car cette somme ne dépasse point la quotité disponible, ni la rescision du partage, car il a reçu les trois quarts de sa portion héréditaire *dans les objets partagés*.

Mais que décider si, dans la même hypothèse, il résulte du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés a un avantage plus grand que la loi ne le permet?

Il en serait différemment si le lot de 25,000 fr. avait été attribué à *Primus*, l'enfant donataire *par préciput* de la quotité disponible. L'art. 1079 (2e phrase) nous dit, en effet, que la rescision doit être admise lorsqu'il résulte du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés a un avantage plus grand que la loi ne le permet; or, c'est précisément ce qui a lieu dans

notre espèce. A ne considérer qu'isolément les deux dispositions, chacune d'elles est irréprochable : la donation faite à *Primus* ne dépasse point la quotité disponible; le *partage* ne contient point une lésion de plus du quart, car l'enfant qui reçoit le moins, *Tertius*, qui n'a que 15,000 fr., a les trois quarts de sa portion héréditaire *dans les objets partagés*. Cependant les 20,000 fr. dont a été gratifié *Primus*, joints aux 25,000 fr. qu'il a reçus dans le partage, lui donnent un avantage de 4,500 fr. Or, si l'ascendant, au lieu de partager ses biens entre ses enfants, en eût disposé à leur profit par donation ou legs, il n'aurait pu donner ou léguer, au maximum, que 40,000 fr. à *Primus* : celui-ci a, par conséquent, reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet. Il y a là une fraude que la loi ne pouvait pas tolérer. Mais, bien entendu, le partage seul est rescindé : *Primus* conserve irrévocablement les 20,000 fr. dont il a été gratifié par préciput.

970. — La loi, pleine de confiance dans la sagesse de l'ascendant, présume que le partage qu'il a fait ne blesse point l'égalité. Aussi impose-t-elle à l'enfant qui l'attaque l'obligation de faire l'avance des frais de l'estimation des biens. Elle veut, de plus, que, s'il succombe, il les supporte pour le tout, ainsi que les dépens de la contestation, contrairement à l'art. 131 du Code de procédure, qui permet aux juges de compenser les dépens résultant d'un procès entre frères et sœurs. S'il triomphe, la règle consacrée par cet article reçoit alors son application.

Art. 1080.

L'enfant qui attaque le partage est-il obligé de faire l'avance des frais de l'estimation des biens?

S'il succombe, lui fera-t-on l'application de l'art. 131 du Code de procédure?

971. — 5° Les art. 891, 892, 893 et suivants sont applicables au partage d'ascendant comme à un partage ordinaire.

972. — V. *Observation*. — Le droit de partager par avance sa fortune entre ses héritiers présomptifs *n'est accordé qu'aux ascendants*. Sans doute, un fils ou un frère peut, au moyen de *legs* ou de *donations*, partager ses biens entre ses héritiers naturels; mais les *legs* ou *donations* qu'il fait à cet effet ne constituent pas un *partage proprement dit* : ce ne sont que des libéralités ordinaires. Il en résulte : 1° que le partage fait par un fils entre ses ascendants ne peut comprendre que ses biens disponibles; 2° que le partage fait, soit par un fils, soit par un frère ou tout autre parent, est valable nonobstant l'omission de l'un des parents appelés à la succession *ab intestat* du testateur ou donateur; 3° qu'il n'est pas rescindable pour cause de lésion.

Un frère peut-il partager ses biens entre ses frères et sœurs?

Un fils peut-il partager ses biens entre ses ascendants?

CHAPITRE VIII. — DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE.

973. — *Généralités*. — La loi, on le comprend, doit favoriser le mariage, et c'est le favoriser qu'encourager et faciliter les libéralités à faire aux époux. La loi les encourage et les facilite, d'une part, en les affranchissant de quelques-unes des règles qui régissent les donations ordinaires; de l'autre, en les rendant moins onéreuses pour les donateurs.

Dans quel but les donations faites en faveur du mariage ont-elles été soumises à des règles particulières?

Comment la loi a-t-elle atteint ce but?

Quelles différences y a-t-il entre les donations faites en faveur du mariage et les donations ordinaires?

Les donations faites en faveur du mariage diffèrent donc, sous plusieurs rapports, des donations ordinaires. Je signale les dérogations les plus importantes :

1° Elles peuvent être faites sous des conditions potestatives de la part du donateur. Ainsi, elles ne sont pas essentiellement irrévocables comme les donations ordinaires : la règle *donner et retenir ne vaut* est ici sans application.

2° Elles peuvent comprendre des biens à venir.

Art. 1087.

Comment faut-il entendre la règle qu'elles ne peuvent point être annulées sous prétexte de défaut d'acceptation?

3° Elles ne sont point soumises à la *solennité* de l'acceptation. C'est ainsi que j'interprète l'art. 1087, où il est dit que les donations en faveur du mariage ne peuvent être déclarées nulles sous prétexte de défaut d'*acceptation*. A première vue, il semble que la donation faite en faveur du mariage est dispensée de l'*acceptation* elle-même ; mais, bien évidemment, ce n'est pas là la pensée de la loi. La donation faite en faveur du mariage est, comme toute autre donation, un *contrat* qui ne peut se former que par le concours de deux volontés : l'*acceptation* est donc essentielle à sa formation. Il n'en est pas de même de sa *solennité* : l'acceptation est valable, encore qu'elle ne soit pas *énoncée expressément* dans l'acte de donation (voy. les nos 524 et 657).

4° Elles peuvent être faites au profit de personnes qui ne sont pas encore conçues (voy. le n° 983).

5° Elles ne sont point révocables pour cause d'ingratitude (voy. le n° 751).

Quelles sont les règles du droit commun qui leur sont applicables?

974. — Pour tout le reste, elles sont soumises au droit commun. Ainsi :

1° Elles sont révocables pour cause d'inexécution des conditions ou de survenance d'enfant (art. 960).

2° Elles sont rapportables, lorsque le donataire succède *ab intestat* au donateur.

3° Elles sont réductibles, quand elles dépassent la quotité disponible.

4° Elles sont nulles, quand elles sont faites par des personnes incapables de disposer ou à des personnes incapables de recevoir à titre gratuit (voy. toutefois ce qui est dit sous le n° 973-4°).

Combien la loi distingue-t-elle de donations faites en faveur du mariage?

975. — Le Code reconnaît quatre espèces de donations en faveur du mariage, savoir :

1° Les donations de biens *présents* (art. 1081) ;

2° Les donations de biens *à venir*, ou *institutions contractuelles* (art. 1082 et 1083) ;

3° Les donations cumulatives de biens *présents et à venir* (article 1084) ;

4° Les donations faites sous des conditions *potestatives de la part du donateur* (art. 1086).

Art. 1081.

La donation de biens *présents* faite en faveur du mariage peut-elle être faite soit dans

976. — La donation *de biens présents* peut être faite soit *dans le contrat de mariage*, soit par acte séparé (art. 1081, arg. tiré du mot *quoique*). Au premier cas, elle est réputée faite en faveur du mariage. Au second cas, elle n'a ce caractère qu'autant que les

parties le lui ont attribué par une clause expresse. Ces donations sont toujours soumises aux mêmes règles. Remarquons cependant que celles qui sont faites *dans le contrat de mariage* sont dispensées de la *solennité* de l'acceptation (voy. le n° 973-3°), tandis que celles qui sont faites par acte séparé y sont soumises.

le contrat de mariage, soit dans un acte séparé ? Quelles différences y a-t-il entre les deux cas ?

Quant aux trois autres donations, elles ne peuvent être faites que *dans le contrat de mariage* (art. 1082, 1084 et 1086).

§ I. — *De la donation de biens présents.*

977. — La donation entre-vifs de biens présents, *quoique faite par contrat de mariage*, est soumise aux *règles générales* prescrites pour les donations ordinaires. Ainsi :

Quelles sont les règles des donations ordinaires qui sont applicables aux donations de biens *présents* faites en faveur du mariage ?

1° Elle est *irrévocable*. Si elle est faite sous des conditions *potestatives* de la part du donateur, elle est valable sans doute ; mais elle cesse alors d'être une donation entre-vifs proprement dite, de biens présents : elle sort de la classe des donations de biens présents (art. 1081) pour entrer dans celle des donations qui sont faites sous des conditions potestatives de la part du donateur (article 1086). Or, il importe de ne pas confondre ces deux espèces de donations. Dans le premier cas, le donataire, soit qu'il meure *avant*, soit qu'il meure *après* le donateur, transmet à ses héritiers, quels qu'ils soient, le droit dont il a été investi. Dans le second cas, au contraire, *la donation est caduque*, considérée comme non avenue, si le donataire meurt sans postérité avant le donateur (art. 1089).

2° Elle ne peut pas être faite au profit d'une personne qui n'est pas encore conçue, et, par conséquent, au profit des enfants à naître du mariage ; mais le donateur peut leur assurer le bénéfice de sa libéralité au moyen d'une substitution *fidéicommissaire*. Toutefois, cette faculté n'appartient aujourd'hui qu'aux donateurs qui sont : soit le père ou la mère, soit le frère ou la sœur, de l'époux donataire (art. 1048, 1049) (voy. les n°s 915 et s.).

3° Lorsqu'elle comprend des objets mobiliers, un état estimatif de ces objets doit être annexé à la minute de l'acte qui la constate (art. 948).

4° Elle doit être transcrite, lorsqu'elle comprend des immeubles susceptibles d'hypothèque (art. 939).

5° Elle est révocable pour cause d'inexécution des conditions (art. 953), et pour cause de survenance d'enfant (art. 960).

6° Elle est réductible, quand elle dépasse la quotité disponible (art. 1090).

7° Elle est nulle quand elle est faite à une personne incapable de recevoir du donateur à titre gratuit (art. 901 et s.).

— Remarquons qu'elle est soumise, non pas à *toutes* les règles, mais seulement aux règles *générales* prescrites pour les donations ordinaires. Elle a donc quelques règles qui lui sont propres. Ainsi,

Quelles sont les règles qui leur sont propres ?

1° elle ne peut pas être annulée sous prétexte de défaut d'accepta-

tion, mais elle ne jouit de cette faveur qu'autant qu'elle est faite dans l'acte même du contrat de mariage (art. 1087); 2° elle n'est point révocable pour cause d'ingratitude : il n'y a pas, à cet égard, à distinguer si elle est faite dans l'acte même du contrat de mariage ou dans un acte séparé (art. 959).

§ II. — *De la donation de biens à venir ou institution contractuelle.*

Art. 1082 et 1083.

Quels biens peut comprendre la donation de biens à venir?

Peut-elle être *universelle, à titre universel*, ou *à titre particulier?*

978.— I. *Quels biens elle peut comprendre.*— Elle peut comprendre soit l'universalité des biens que le donateur laissera à son décès, soit une fraction de cette universalité, soit enfin une valeur déterminée. Elle est donc tantôt universelle, tantôt à titre universel, tantôt à titre particulier. Elle est *universelle* lorsque le donateur dit : Je donne tous les biens que je laisserai à mon décès; *à titre universel*, lorsqu'il donne le tiers, le quart, etc., des biens, ou tous les immeubles, ou tous les meubles, ou une fraction de tous les immeubles, ou enfin une fraction de tous les meubles, qu'il laissera dans sa succession (art. 1010); *à titre particulier*, lorsqu'il limite, par un chiffre déterminé, l'étendue de sa libéralité, lorsqu'il donne, par exemple, 10,000 fr. à prendre sur les biens qu'il laissera à son décès.

Dépouille-t-elle, *hic et nunc*, le donateur de la possession des biens qu'elle comprend?

En quel sens modifie-t-elle le droit de propriété que conserve le donateur?

Lui est-il défendu de faire toute espèce de libéralités?

Quel droit confère-t-elle au donataire?

En quel sens la donation de biens à venir est-elle irrévocable?

979. — II. *Nature et effets de la donation de biens à venir.* — Elle ne dépouille pas le donateur de la possession des choses données, mais elle modifie le droit de propriété qu'il a sur elles. Resté maître de les aliéner *à titre onéreux*, de les grever de servitudes ou d'hypothèques, il a perdu le droit d'en disposer *à titre gratuit* : il ne lui est plus permis de faire des *donations* ou des *legs* au préjudice du donataire. La loi, cependant, l'autorise à faire des libéralités modiques à titre de récompense ou autrement.

Quel droit confère-t-elle donc au donataire? Elle lui confère un *droit de succession!* ce droit, le donataire l'acquiert dès que la donation est parfaite, et il l'acquiert irrévocablement. Le donateur ne peut plus le lui retirer ni directement en le révoquant, ni indirectement en le transportant à un autre. Il peut, sans doute, en diminuer l'émolument : car, ainsi que nous l'avons dit, il est resté maître de disposer *à titre onéreux* des biens qu'il a donnés, et, par conséquent, de les dissiper ; mais il ne peut pas faire que les biens qu'il laissera à son décès ne soient pas acquis au donataire.

Ainsi, la donation de biens à venir est *irrévocable*, en ce sens : 1° que le donateur ne peut pas retirer au donataire le droit de succession qu'elle lui a conféré ; 2° qu'il n'est pas le maître d'en diminuer l'émolument en *donnant* ou *léguant* à d'autres personnes les biens qu'elle comprend. Mais elle est *révocable*, en ce sens qu'elle laisse au donateur le droit de disposer de ses biens *à titre onéreux*, et, par conséquent, de les dissiper.

980. — Le donataire de biens à venir peut être assimilé à un héritier légitime *réservataire*. Le droit que la donation confère à

l'un et le droit que la loi confère à l'autre sont de même nature. Le donataire de biens à venir, de même que l'héritier réservataire, n'a aucun droit sur les biens appartenant à celui auquel il doit un jour succéder : il ne peut, par conséquent, en disposer ni à titre gratuit ni à titre onéreux ; son droit ne s'ouvre qu'au décès du donateur et sous la condition de survie. Comme l'héritier réservataire, il doit respecter les aliénations à titre onéreux qu'a faites le *de cujus ;* mais il peut, comme lui, attaquer et faire réduire les donations ou legs portant atteinte à son droit.

— On voit maintenant pourquoi la donation de biens à venir est appelée *institution contractuelle*. C'est une *institution :* car, de même que le testament, elle confère un droit de succession qui ne s'ouvre qu'au décès du disposant et sous la condition de survie. C'est une institution *contractuelle*, puisqu'elle est faite *par contrat*. Elle tient donc tout à la fois du testament et de la donation entre-vifs.

981. — En résumé, la donation de biens à venir est un *legs* fait *par contrat*. Le legs *contractuel* diffère sous plusieurs rapports du legs *testamentaire :*

Quelles différences y a-t-il entre une institution contractuelle et une institution par testament? — Entre un donataire de biens à venir et un légataire?

1° Le donateur de biens à venir perd le droit de disposer à titre gratuit. Le testateur, au contraire, reste maître de disposer soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

2° Le premier ne peut pas retirer au donataire le titre dont il l'a investi : il ne peut pas faire que les biens qu'il laissera à son décès ne lui soient pas acquis. Le second, au contraire, peut reprendre au légataire le titre dont il l'avait investi et l'empêcher de recueillir les biens dont se composera sa succession.

3° Le mineur âgé de plus de seize ans et la femme mariée, qui peuvent disposer de leurs biens par *testament*, sont incapables de le faire par institution contractuelle (voy. le n° 982).

4° Les enfants à naître du mariage de l'institué contractuel lui étant tacitement substitués vulgairement, l'institution contractuelle ne devient caduque qu'autant que le donateur a survécu à l'institué *et à sa postérité* (art. 1082 et 1089 combinés). Le legs, au contraire, n'est point présumé fait aux enfants du légataire. Il en résulte qu'en l'absence d'une clause *expresse* de substitution vulgaire, il n'est pas nécessaire, pour la caducité du legs, que le testateur survive au légataire *et à sa postérité :* il suffit qu'il survive au légataire (art. 1039).

Toute personne capable de tester est-elle capable de faire une institution contractuelle?

982. — III. *Quelles personnes peuvent faire une donation de biens à venir.* — La donation de biens à venir, dès qu'elle est formée et parfaite, dépouille le donateur d'un droit fort important, puisqu'elle lui enlève la faculté *de disposer à titre gratuit* : on peut dire qu'il dispose dès à présent et irrévocablement de sa succession. L'institution contractuelle ne peut donc être faite que par une personne capable d'aliéner au moment de sa formation. Il ne suffit pas que le disposant soit capable de tester, il faut qu'il soit capable de *donner par acte entre-vifs*. Ainsi, le mineur âgé de plus de

seize ans ne peut pas faire une donation de biens à venir, bien qu'il soit habile à tester (art. 904) ; la femme mariée, bien qu'habile à tester (art. 905), ne peut pas, sans l'autorisation de son mari ou de justice, disposer de ses biens par institution contractuelle.

En résumé, peuvent faire des donations de biens à venir toutes personnes, parentes ou non du donataire, pourvu qu'elles soient capables de faire une donation de biens présents.

Quelles personnes sont capables de recevoir pas voie d'institution contractuelle? Peut-elle être faite indistinctement au profit des enfants du donataire qui la reçoit? Les enfants à naître du mariage en faveur duquel elle est faite peuvent-ils être institués principalement?

983. — IV. *Quelles personnes sont habiles à recevoir par voie d'institution contractuelle.* — La donation de biens à venir, étant une dérogation au droit commun, ne peut être faite qu'au profit des personnes dans l'intérêt desquelles la loi l'autorise expressément. Ces personnes sont : 1° les futurs époux ; 2° les enfants à naître de leur mariage.

Par enfants *à naître du mariage* la loi entend les enfants à naître du mariage en considération duquel la donation est faite : sont, par conséquent, incapables d'être institués contractuellement, les enfants que l'un des époux a eus d'une précédente union, ou ceux qu'il procréera dans un subséquent mariage. — Suivant le droit commun, pour recevoir par acte entre-vifs, il faut être au moins conçu au moment de la donation. Il en est différemment en matière d'institution contractuelle : la loi permet, en effet, de la faire au profit des enfants à naître du mariage, c'est-à-dire au profit de personnes qui ne sont pas conçues au moment de la donation. Mais, comme toute autre exception, celle-ci doit être restreinte dans les limites tracées par la loi ; or, il résulte des termes de notre art. 1082 que les enfants à naître du mariage ne peuvent pas être institués *principalement* et à l'exclusion de leur père ou mère : le donateur ne peut être libéral envers eux qu'à la condition de l'être d'abord et en premier lieu envers l'un ou l'autre des futurs époux. En d'autres termes, les enfants à naître du mariage ne peuvent être institués qu'au second degré, comme substitués vulgaires à leur père ou à leur mère donataire direct. Ainsi, serait nulle la donation faite en ces termes : Tous les biens que je laisserai à mon décès, je les donne aux enfants à naître du mariage de...

Lorsqu'elle est faite purement et simplement à l'un des futurs époux, ne renferme-t-elle point une substitution vulgaire tacite, au profit des enfants à naître du mariage? Cette substitution vulgaire peut-elle être faite expressément au profit de l'un seulement des enfants à naître du mariage?

984. — La donation de biens à venir, faite purement et simplement soit à l'un des futurs époux, soit aux deux époux conjointement, est *présumée* renfermer une *substitution vulgaire* en faveur des enfants à naître du mariage. La loi suppose qu'il a été entendu entre les parties que, si l'époux ou les époux donataires meurent avant le donateur, les enfants qui seront nés de leur mariage recueilleront, à leur défaut, les biens qui sont compris dans la libéralité. Il est évident, au reste, que cette interprétation légale de la volonté des parties s'effacerait devant leur volonté contraire expressément manifestée. Le donateur peut donc restreindre aux futurs époux l'effet de l'institution contractuelle faite à leur profit; mais il doit avoir soin de s'en expliquer formellement.

Cette substitution tacite et présumée est établie dans l'intérêt

de *tous* les enfants à naître du mariage. Le donateur peut bien, s'il le veut, les substituer expressément; mais cette substitution expresse est sans objet : car elle n'est valable qu'autant qu'elle est calquée sur celle que la loi présume. Ainsi, le donateur ne peut pas substituer l'un des enfants à naître à l'exclusion des autres, ni même les substituer pour des parts inégales (1).

Si l'époux donataire survit au donateur et répudie sa succession, les enfants du donataire peuvent-ils l'accepter?

984 *bis*. — On a soutenu que les enfants à naître ne sont tacitement et ne peuvent être expressément substitués qu'en prévision du *prédécès* de l'époux ou des époux donataires : la loi, a-t-on dit, ne prévoit que cette hypothèse, et en cette matière tout est de rigueur. Ainsi, d'après cette opinion, la substitution ne peut avoir d'effet que dans le cas où l'époux donataire direct meurt avant le donateur. S'il lui survit, la substitution est défaillie et reste sans effet, lors même que l'époux donataire répudie la succession du donateur.

Dans un autre système, que je crois très-exact, on est d'avis que ces expressions de notre article : *au cas où le donateur survit au donataire*, n'ont point le sens limitatif et exclusif qu'on leur prête. *Ex mente legis* elles embrassent tous les cas où, par quelque cause que ce soit, le donataire ne *peut* pas ou ne *veut* pas recueillir le bénéfice de l'institution (arg. tiré des art. 753, 759 et 766. — Conf. l'art. 1089 par arg.) (2).

Quelles différences y a-t-il donc entre la substitution *vulgaire* et la substitution *fidéicommissaire*?

985. — Il ne faut pas confondre la substitution *vulgaire* avec la substitution *fidéicommissaire*.

Les enfants à naître sont-ils des substitués *vulgaires* : ils n'ont rien à prétendre, si le donataire survit au donateur. Alors, en effet, la condition sous laquelle ils étaient institués se trouve défaillie. Ainsi, ils n'ont aucun droit sur les choses que le donataire recueille: il peut en disposer comme il l'entend, dans la limite de sa quotité disponible, et, s'il les conserve, ils n'en profitent que sous la condition d'accepter sa succession. Sont-ils des substitués *fidéicommissaires* : le donataire, s'il survit au donateur, acquiert, il est vrai, comme dans la précédente hypothèse, les biens donnés; mais il est alors obligé de les conserver jusqu'à son décès et de les rendre à cette époque à ses enfants, qui les acquièrent soit qu'ils acceptent sa succession, soit qu'ils la répudient.

Le donataire de biens à venir est-il tenu des dettes du donateur?

986. — V. *Des dettes du donateur de biens à venir*. — La donation est-elle universelle : le donataire les supporte toutes : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Mais il n'en est tenu que *intrà vires bonorum*.

Est-elle à titre universel : le donataire prend dans les dettes une portion égale à la portion active qui lui est attribuée dans

(1) MM. Dur., t. IX, n° 692; Val.; Marc., art. 1082; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 256; Colm. de S., t. IV, n° 255 *bis*, III.

(2) MM. Dur., t. IX, n° 702; Colm. de S., t. IV, n° 255 *bis*, V; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 256; Demol., t. VI, n° 329.

les biens. Il n'en est également tenu que dans la limite de son émolument.

Est-elle à titre *particulier* : le donataire n'y contribue point.

En un mot, tout ce que j'ai dit du paiement des dettes par les légataires (voy. les nos 847 et s.), je l'applique aux donataires de biens à venir.

§ III. — *De la donation cumulative de biens présents et à venir.*

Art. 1084 et 1085.

Quels avantages et quels inconvénients présente la donation de biens présents?

Quels avantages et quels inconvénients présente la donation de biens à venir?

987. — Les donations de *biens présents*, par cela même qu'elles transportent aux époux des droits actuels, irrévocables et transmissibles à leurs héritiers, sont très-favorables au mariage; mais peu de personnes sont disposées à se dépouiller de leur vivant.

Le donateur de *biens à venir* reste à la tête de ses biens : il les administre et il en a la jouissance ; il peut même les aliéner à titre onéreux et en recevoir le prix, contracter des emprunts, etc., se comporter, en un mot, comme tout autre propriétaire, sauf qu'il ne peut pas faire des libéralités au préjudice du donataire. En réalité, il ne se dépouille pas lui-même, il ne dépouille que ses héritiers. Les donations de biens à venir seront donc fréquemment offertes; mais, comme elles n'assurent au donataire que des droits *éventuels*, elles encouragent moins énergiquement au mariage que les donations de biens présents.

Comment peut-on parer à ces inconvénients?

Afin de parer à ce double inconvénient, la loi, par une heureuse combinaison, a su perfectionner les donations de biens à venir en y introduisant un élément nouveau.

La donation *pure et simple* de biens à venir assure au donataire la succession du donateur *telle qu'elle se comportera au décès de ce dernier ;* or, le donateur, qui était fort riche au moment de la donation, peut mourir insolvable : le donataire voit alors son espoir déçu. Là est le vice, l'imperfection de la donation de biens à venir. Que faut-il pour éviter ce danger ? Arranger la donation de telle façon qu'elle assure au donataire la certitude d'avoir au moins la fortune du donateur *telle qu'elle se comportait au moment de la donation !* Ce but sera atteint si la donation de biens à venir est faite avec faculté, pour le donataire, de recueillir tous les biens que le donateur laissera au jour de son décès, sous la charge de payer toutes ses dettes, ou *de s'en tenir aux biens dont il était propriétaire au moment de la donation, sous la charge de payer seulement les dettes dont il était tenu à la même époque.* Le donateur a-t-il bien géré son patrimoine, est-il mort solvable : le donataire accepte sa succession telle qu'elle se comporte au moment du décès. Le donateur a-t-il mal géré, est-il mort insolvable : le donataire répudie les biens à venir et s'en tient aux biens présents.

Si à la mort du donateur le donataire accepte les biens à venir, quelle aura été, en réalité, la nature de cette donation?

Dans la première hypothèse, les choses se passent comme si la donation était une donation *pure et simple* DE BIENS A VENIR. Il en résulte :

1° Que le donataire est tenu de respecter les aliénations *à titre*

onéreux qu'a faites le défunt, lors même qu'elles ont eu pour objet des biens présents ;

2° Qu'il est tenu de payer, dans la limite de son émolument, toutes les dettes du défunt, c'est-à-dire tant les dettes *postérieures* que les dettes *antérieures* à la donation.

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'elle n'aura été alors qu'une donation de biens à venir ?

Quid, s'il s'en tient aux biens présents ?

Dans la seconde hypothèse, la donation, quant aux biens dont le donateur était propriétaire au moment où elle a été faite, se transforme en une véritable donation DE BIENS PRÉSENTS. Il en résulte :

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'elle n'aura été alors qu'une donation de biens présents ?

1° Que le donataire n'est tenu de respecter ni les aliénations à titre gratuit ni même les aliénations à titre onéreux que le défunt a faites des biens dont il était propriétaire au moment de la donation ;

2° Qu'il n'est tenu de payer que les dettes antérieures à la donation.

Cette espèce de donation s'appelle donation *cumulative de biens présents et à venir*. On comprend, au reste, qu'elle ne peut avoir ce caractère qu'autant, d'une part, qu'il résulte, soit des termes de l'acte, soit de toute autre circonstance, que le donateur a voulu faire une donation de biens présents et à venir ; d'autre part, que l'acte fournit le moyen légal de reconnaître les dettes dont le donateur était tenu au moment où la donation a été faite, et les biens dont il était propriétaire à la même époque.

Quand et à quelles conditions la donation laisse-t-elle au donataire cette faculté d'option ?

988. — Ainsi, la faculté accordée au donataire de scinder la libéralité est soumise à certaines conditions. La loi veut :

1° Qu'il soit annexé à l'acte de donation un état des dettes dont le donateur est tenu au moment où il dispose de ses biens. A défaut de cet état, la donation n'est pas nulle, mais elle n'est alors qu'une donation pure et simple *de biens à venir* : le donataire n'a pas le droit de répudier les biens à venir pour s'en tenir aux biens présents.

2° Qu'il soit annexé à l'acte de donation un état estimatif des meubles appartenant au donateur au moment où il donne. L'absence de cet état n'empêche pas que la donation soit valable comme donation cumulative de biens présents et à venir ; mais elle ne vaut, à ce titre, que pour les immeubles : si donc le donataire, usant de son droit d'option, la transforme en donation de biens présents, les meubles n'y seront point compris. Nous savons, en effet, qu'aux termes de l'art. 948, les donations de meubles ne sont valables qu'autant qu'il est annexé à la minute de l'acte où elles sont écrites un état estimatif des objets qu'elles comprennent.

— On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que la donation cumulative de biens présents et à venir n'est ni une donation de biens présents ni une donation pure et simple de biens à venir. Je dis plus : ce n'est même pas l'assemblage, dans un même acte, de deux donations distinctes ayant chacune ses règles propres, une donation de biens présents régie par l'art. 1081, une donation de

La donation cumulative de biens présents et à venir comprend-elle deux donations distinctes, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir ?

Comment peut-on la définir ?

biens à venir régie par les art. 1082 et 1083; c'est une donation *sui generis*, une variété de la donation de biens à venir. C'est toujours une véritable donation de *succession ;* seulement, elle attribue au donataire une faveur particulière, la faculté de prendre la succession dans l'état où elle se trouvait au moment de la donation, ou telle qu'elle se comporte au moment du décès du donateur. Je la définis donc: une donation de biens à venir, avec faculté, pour le donataire, de la transformer, lors du décès du donateur, en une donation de biens présents.

Ainsi, lorsque la donation est conçue en ces termes : *je donne tous les biens que je laisserai à mon décès*, le donataire n'a pas de sécurité : car le donateur peut dissiper son patrimoine et ne laisser qu'une succession obérée. Que si, au contraire, elle est ainsi conçue : *je donne mes biens présents et mes biens à venir*, le donataire est sûr, au moins, pourvu que les conditions prescrites par la loi aient été observées, de recueillir le patrimoine auquel il aurait eu droit si la succession du donateur se fût ouverte dès le moment même de la donation.

N'est-elle pas, *même quant aux biens présents*, une donation de *succession?* Qu'en faut-il conclure?

989. — Du principe que la donation cumulative est, *même quant aux biens présents*, une véritable donation de *succession*, il résulte :

1° Que le donateur conserve, sans qu'il ait besoin de faire aucune réserve à cet égard, l'administration et la jouissance de tous ses biens. Ainsi, le donataire ne peut pas, tant que vit le donateur, exiger la délivrance même des biens présents que comprend la donation;

2° Qu'elle est tacitement présumée faite au profit des enfants à naître du mariage, qui, en cas de prédécès de l'époux donataire, la recueillent en qualité de *substitués vulgaires*. Ils y ont droit, à l'exclusion des enfants issus d'un autre mariage, et lors même qu'ils ont répudié la succession du donataire prédécédé (voy. le n° 984) ;

3° Qu'elle est caduque si l'époux donataire meurt, sans postérité, avant le donateur (art. 1089). Ainsi, elle n'est pas, comme la donation proprement dite de biens présents, transmissible aux héritiers du donataire.

§ IV. — *Des donations faites sous des conditions potestatives de la part du donateur.*

Art. 1086.

Les donations en faveur du mariage peuvent-elles être faites sous des conditions potestatives de la part du donateur? Quelles conséquences peut-on tirer de ce principe?

990. — J'ai déjà dit (voy. le n° 523) que les donations faites en faveur du mariage ne sont pas soumises au principe *donner et retenir ne vaut*. Nous trouvons ici plusieurs applications de cette dérogation au droit commun.

1° Une donation ordinaire est nulle lorsqu'elle est faite à la charge, par le donataire, de payer non-seulement les dettes actuelles du donateur, mais encore celles qu'il contractera postérieurement à la donation (art. 945). — La même donation est

valable, au contraire, quand elle est faite par un contrat de mariage.

2° Selon le droit commun, une donation faite sous des conditions potestatives de la part du donateur est nulle (art. 944). — Les donations par contrat de mariage peuvent, au contraire, être valablement faites sous des conditions de cette nature.

La donation pouvant, dans l'un et l'autre de ces deux cas, devenir onéreuse pour le donataire, la loi lui réserve le droit de s'affranchir, en la répudiant, des charges qu'elle contient.

3° D'après le droit commun, lorsque le donateur se réserve la faculté de disposer de l'un des biens compris dans la donation, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, la donation est nulle quant à cet objet, ou jusqu'à concurrence de la somme réservée: si le donateur meurt sans avoir usé de son droit, l'objet ou la somme dont il aurait pu disposer passe à ses héritiers (art. 946). — Il n'en est pas de même quand cette réserve a été faite dans une donation par contrat de mariage. La donation reste valable, *même quant aux objets ou quant à la somme dont le donateur pouvait disposer:* s'il n'a pas usé de son droit, les objets ou la somme appartiennent au *donataire*, ou, quand il est mort avant le donateur, *à ses héritiers*, c'est-à-dire *à ses enfants* s'il en laisse et à supposer qu'ils aient survécu au donateur. Tout à l'heure, en effet, nous montrerons que la donation de biens présents, quand elle est faite sous des conditions potestatives de la part du donateur, est *caduque* au cas où il survit au donataire et à sa postérité (voy. le n° 992). Or, si la donation est caduque lorsque le donataire est mort *sans enfants* avant le donateur, il est évident que les biens compris dans la libéralité n'appartiennent pas aux héritiers du donataire; ils restent dans la succession du donateur, et c'est aux héritiers de ce dernier qu'ils appartiennent.

Les donations de biens présents, faites sous des conditions potestatives de la part du donateur, ne se rapprochent-elles à point, sous un certain rapport, des donations de biens à venir? Qu'en faut-il conclure?

991. —Les donations de biens présents, lorsqu'elles sont faites sous des conditions potestatives de la part du donateur, ne sont plus des donations pures et simples de biens présents; elles se rapprochent alors des donations de biens à venir : elles restent, en effet, incertaines jusqu'au décès du donateur, qui peut, tant qu'il vit, les empêcher de produire leur effet, en accomplissant le fait auquel est subordonnée leur efficacité.

Du principe qu'elles tiennent de la nature des institutions contractuelles il suit :

1° Qu'elles ne peuvent être faites *que par contrat de mariage* (article 1082);

2° Qu'elles sont censées faites au profit des enfants à naître du mariage (même art. 1082) ;

3° Qu'elles sont caduques lorsque le donateur survit au donataire et à sa postérité (art. 1089). Les donations ordinaires de biens présents sont, au contraire, transmissibles aux héritiers du donataire, *quels qu'ils soient*, même à ses héritiers collatéraux (voy. le n° 977).

§ V. — *De la caducité des donations faites en faveur du mariage.*

Art. 1088 et 1089.

992. — Toutes donations en faveur du mariage, même les donations de biens présents, sont caduques lorsque le mariage en considération duquel elles sont faites n'a pas lieu.

Quid, si le mariage en faveur duquel les donations ont été faites n'a pas lieu ?

Quid, si l'époux donataire meurt avant le donateur ?

Ne faut-il pas distinguer s'il laisse ou non des enfants, et quels enfants ?

— Les donations de biens à venir, les donations cumulatives de biens présents et à venir, et les donations de biens présents faites sous des conditions potestatives de la part du donateur, sont encore caduques lorsque ce dernier survit à l'époux donataire et à sa *postérité*. Ce mot *postérité*, pris à la lettre, conduirait à dire que la caducité n'a lieu qu'au cas où le donateur a survécu au donataire et à ses enfants, *de quelque mariage qu'ils soient issus*. Mais il n'en est pas ainsi : nous savons, en effet, que ces donations ne sont censées faites qu'au profit des enfants à naître du mariage. Elles sont, par conséquent, caduques, si elles ne se réalisent ni dans la personne du donataire ni dans celle des enfants nés du mariage en faveur duquel elles ont été faites.

Quelles sont les donations auxquelles s'applique cette cause de caducité ?

993. — Les donations ordinaires de biens présents ne sont point soumises à ce second cas de caducité : elles transfèrent au donataire un droit actuel, qu'il transmet, quelle que soit l'époque de son décès, à ses héritiers, quels qu'ils soient (voy. le n° 977).

§ VI. — *De la réduction des donations faites en faveur du mariage.*

Art. 1090.

994. — Les donations en faveur du mariage sont, comme toute autre libéralité, réductibles, quand elles dépassent la quotité disponible. Mais quel mode de réduction suivra-t-on ?

Lorsque les donations faites en faveur du mariage dépassent la quotité disponible, comment les réduit-on ? Comme les *legs* ou comme les *donations ordinaires* ?

Lorsque le *de cujus* a fait plusieurs *legs*, la réduction se fait au marc le franc (voy. le n° 638). S'il a fait plusieurs *donations*, la réduction se fait en commençant par la donation la plus récente, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes (voy. le n° 635). Que si enfin il a fait tout à la fois des *legs* et des *donations*, on ne touche aux *donations* qu'après avoir épuisé, si cela est nécessaire, tous les *legs* (voy. le n° 641). Les donations en faveur du mariage seront-elles assimilées aux *legs* ou bien aux *donations* ordinaires ?

Je les assimile toutes aux *donations* ordinaires. Il est vrai que les donations de biens à venir, les donations cumulatives de biens présents et à venir, et les donations de biens présents faites sous des conditions potestatives de la part du donateur, sont, à certains égards, susceptibles de révocation, ce qui les fait participer de la nature des legs; mais elles en diffèrent en un point essentiel. Un testateur reste complétement maître de sa fortune, il n'a rien aliéné, et, tant qu'il vit, il conserve la plénitude de ses droits: le légataire n'a *qu'une simple espérance*, que le testateur peut lui ôter à son gré, par une simple manifestation de sa volonté. Au contraire, les donations de biens à venir lient le donateur et lui

enlèvent un droit précieux, celui de disposer de ses biens à titre gratuit : elles confèrent au donataire, du vivant même du donateur, un droit éventuel à sa succession, et ce droit ne peut pas lui être ravi. — Les donations faites sous des conditions *potestatives de la part du donateur* ne sont pas elles-mêmes *absolument révocables* comme les legs. Le donateur peut, sans doute, en accomplissant la condition à laquelle elles sont subordonnées, les révoquer ou en empêcher l'effet; mais toujours est-il qu'il ne peut point les révoquer directement, par une simple déclaration de changement de volonté, comme il le pourrait s'il s'agissait d'un testament. Elles confèrent donc au donataire, du vivant même du donateur, un droit, fort imparfait sans doute, mais qui enfin n'est point, comme le legs, absolument subordonné au caprice du disposant.

Ainsi, les donations en faveur du mariage, à quelque classe qu'elles appartiennent, sont réductibles, mais seulement après l'épuisement des *legs* et en commençant par les plus récentes (voy. les nos 641 et 642) (1).

CHAPITRE IX. — DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

§ I. — *Donations faites entre futurs époux par contrat de mariage.*

Art. 1091. Quelles donations peuvent se faire les futurs époux par leur contrat de mariage?

995. — Les futurs époux peuvent, par leur contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, « telles donations qu'ils jugent à propos, » toutes celles, par conséquent, qu'un tiers est autorisé à leur faire, c'est-à-dire, soit une donation de biens présents, soit une donation de biens à venir, soit une donation cumulative de biens présents et à venir, soit enfin une donation sous des conditions potestatives de la part du donateur.

Art. 1092. La donation de biens présents, faite par un futur conjoint à l'autre, est-elle censée faite sous la condition de survie du donataire?

— La donation de biens présents faite entre futurs époux n'est point censée faite *sous la condition de survie du donataire*. Ainsi, qu'il meure *avant* ou qu'il meure *après* le donateur, les biens qui lui ont été donnés seront recueillis dans sa succession, confondus avec ses autres biens, par ses héritiers, quels qu'ils soient.

Mais qu'était-il besoin de s'expliquer formellement sur ce point? N'est-ce pas le propre de toute donation de biens présents de transférer au donataire un droit actuel, irrévocable et transmissible?

Cela est vrai; cependant la loi a bien fait de s'expliquer. Suivant les principes du droit écrit, les donations de biens présents, comme les donations de biens à venir, étaient censées faites sous la condition de survie de l'époux donataire. Lorsque ce dernier

(1) MM. Dur., t. VIII, no 356; Val.; Marc., art. 1090; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 579-580, et t. VI, p. 246; Colm. de S., t. IV, no 265. — Voy. toutefois, quant aux donations faites dans les termes de l'art. 1086, MM. Dur., t. VIII, no 358, et Colm. de S., no 265 *bis*, I et II.

prédécédait, les biens compris dans la donation faisaient retour à l'époux donateur. Selon le droit coutumier, au contraire, la condition de survie n'était point présumée. C'est ce dernier système qu'a suivi le Code. Il a dû s'en expliquer formellement, afin de prévenir les doutes qu'aurait pu faire naître la diversité des principes qui, dans notre ancien droit, étaient suivis sur ce point.

La disposition de l'art. 1092 ne peut-elle pas être modifiée par les parties?
De combien de manières peut-elle l'être?

996. — Rien, au reste, n'empêche les parties de faire la donation sous la condition de survie. Cette condition peut être stipulée de deux manières différentes. Elle peut l'être, ou comme condition *suspensive*, en ces termes : Vous aurez ma maison *si vous me survivez ;* ou comme condition *résolutoire*, en ces termes : Je vous donne ma maison, mais elle me reviendra *si vous mourez avant moi* (voy., sur les effets de la condition suspensive, l'expl. de l'art. 1179, et, sur les effets de la condition résolutoire, l'expl. des art. 952 et 1183).

Art. 1093.

Y a-t-il quelques différences entre la donation de biens présents faite par un tiers à l'un des futurs époux et celle qui est faite par l'un des futurs à l'autre?
Quid, quant aux donations de biens à venir?
Quelles sont les raisons de ces différences?

997. — Ainsi les donations de biens présents, faites *entre futurs époux* par leur contrat de mariage, sont soumises aux mêmes règles et aux mêmes formes que celles que la loi prescrit pour les donations de même nature qui leur sont faites par un tiers.

998.—Les règles et les formes prescrites par les art. 1082 et 1083, pour les donations de biens à venir, et par les art. 1084 et 1085, pour les donations cumulatives de biens présents et à venir, sont également applicables aux donations de même nature faites *entre futurs époux* par leur contrat de mariage. — Sauf, toutefois, deux dérogations :

1° Lorsque le donateur soit de biens à venir, soit de biens présents et à venir, est *un tiers*, la donation est alors présumée faite *en faveur des enfants à naître du mariage :* les enfants issus du mariage sont donc tacitement et par substitution vulgaire subrogés à l'époux donataire. Si ce dernier prédécède, les biens qu'il ne recueille pas sont recueillis par ses enfants. Ce n'est qu'autant que le donateur survit au donataire *et à sa postérité* que la donation est caduque (voy. les n°s 983-984, 989-2°, et 992).

Lors, au contraire, que le donateur est l'un *des futurs époux*, la donation est caduque, par cela seul que l'époux donateur survit à l'époux donataire : *elle n'est point, en effet, présumée faite au profit des enfants à naître du mariage.* Ce n'est pas seulement la présomption de substitution vulgaire que la loi repousse ; c'est la substitution même, la substitution expresse ou tacite, qu'elle prohibe. Elle déclare, en effet, que la donation faite entre futurs époux n'est point *transmissible* aux enfants à naître du mariage ; elle ne veut point qu'à défaut de l'époux donataire ses enfants soient investis du bénéfice éventuel de la donation.

Ainsi, les enfants à naître du mariage ne sont point tacitement et ne peuvent pas être expressément substitués à l'époux donataire. Si ce dernier prédécède, la donation est *caduque :* ses enfants n'ont aucun droit sur les biens qu'elle comprenait.

La raison de cette différence entre les deux cas est facile à saisir.

Si la loi présume et tolère la substitution vulgaire au profit des enfants à naître du mariage, lorsque la donation est faite par *un tiers*, c'est qu'alors la substitution, outre qu'elle ne présente aucun danger, encourage au mariage, en diminuant les chances de caducité auxquelles la donation est soumise. Il n'en est pas de même lorsque la donation est faite par *l'un des futurs à son futur conjoint*. Celui des deux auquel elle est offerte n'a pas, en effet, besoin, pour être encouragé au mariage, d'être assuré que, s'il ne la recueille point lui-même, elle profitera à ses enfants : car, ceux-ci étant appelés à recueillir, *en qualité d'héritiers légitimes du donateur*, les biens qu'elle comprendra, il est à peu près inutile de stipuler pour eux le bénéfice de la substitution. Elle ne leur serait pas, il est vrai, absolument inutile, puisqu'elle aurait pour effet d'enlever à l'époux donateur (leur père ou leur mère) le droit de faire, *même dans la limite de la quotité disponible*, des libéralités à leur préjudice ; mais cette incapacité dont il eût été frappé eût porté une trop grande atteinte à sa puissance paternelle.

999. — 2° Les donations faites aux futurs époux par un tiers sont révocables pour cause de survenance d'enfant. Il n'en est pas de même de celles qui sont faites par *l'un des futurs conjoints à l'autre* (voy. le n° 766).

Art. 1095.

Est-il nécessaire que les futurs époux qui se font des donations soient majeurs ?
Quid, s'ils sont mineurs ?

1000. — Il n'est pas nécessaire que les futurs époux qui se font des donations soient majeurs. Habiles au mariage, ils sont par cela même capables de faire toutes les stipulations qui sont propres à le favoriser : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiarum*. Toutefois, afin de les protéger contre leur faiblesse ou leur inexpérience, la loi veut qu'ils soient assistés, *non pas de leur tuteur*, mais de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de leur mariage (art. 1309 et 1398).

§ II. — *Donations entre époux faites pendant le mariage* (voy. les Form. 342 à 344).

Art. 1096 et 1097.

Pourquoi le droit coutumier défendait-il les donations entre époux pendant le mariage ?
Pourquoi le Code les permet-il ?
Pourquoi permet-il à l'époux donateur de les révoquer ?
Comment peut se faire la révocation ?

1001. — La plupart de nos coutumes, désireuses d'honorer le mariage en le rendant complétement désintéressé, prohibèrent les donations *entre époux*. C'était défendre ce qu'en fait on ne pouvait empêcher : les époux trouvèrent effectivement mille moyens indirects et cachés d'éluder la prohibition de la loi.

Le Code, mieux avisé, permet les donations entre époux. Mais, comme elles sont souvent inspirées par un amour passionné et aveugle de l'un des époux pour l'autre, ou arrachées par les obsessions du plus fort, la loi, à côté du danger, place le remède : les donations faites entre époux, pendant le mariage, *sont essentiellement révocables*.

La loi veut que l'époux, qui n'a consenti peut-être à se dépouiller que parce qu'il était sous l'empire de la crainte ou d'un amour aveugle et irréfléchi, conserve la liberté pleine et entière de revenir sur ce qu'il a fait, et de révoquer la donation, soit par acte au-

thentique ou par acte sous seing privé, soit même *tacitement* et en secret. Ainsi, l'époux qui, après avoir donné sa maison à son conjoint, la vend ou la donne à un tiers, reprend *tacitement* ce qu'il avait donné. La femme peut révoquer, indépendamment de toute autorisation de son mari ou de justice, la donation qu'elle a faite (voy. les Form. 345 et 346).

Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, se faire, par *un même acte*, des donations réciproques ?

1002. — Les époux peuvent, *pendant le mariage*, se faire des donations *réciproques;* mais, comme ces donations, quoique réciproques, sont essentiellement révocables, la loi a dû leur faire l'application de la règle prescrite par l'art. 968. Ainsi, sont nulles les donations réciproques que les époux se font l'un à l'autre *par un seul et même acte*.

Quelles donations peuvent-ils se faire pendant le mariage ? Quelles différences y a-t-il entre ces donations et celles qu'ils se font dans leur contrat de mariage ?

1003. — Toutes les donations que les *futurs* époux peuvent se faire *par leur contrat de mariage* sont permises *entre époux* (art. 947 combiné avec les art. 943 et 946). Toutefois, il existe plusieurs différences entre les donations faites entre *futurs* époux par leur contrat de mariage et les donations faites pendant le mariage entre *époux*.

1° Les donations entre *futurs* époux sont absolument *irrévocables*, lorsqu'elles ne comprennent que des biens présents (voy. le n° 977, 1°). Elles sont irrévocables, quant au titre, lorsqu'elles comprennent des biens à venir (voy. le n° 979). — Les donations faites entre *époux* pendant le mariage sont toujours essentiellement *révocables* (voy. le n° 1001).

Cette différence s'explique. Avant le mariage, chacun des futurs époux, etant indépendant de l'autre, peut librement stipuler et débattre ses intérêts. Il n'en est pas de même après la célébration du mariage. Dès ce moment, l'un des deux époux domine l'autre, les donations qu'ils se font ne sont plus absolument libres : il y avait là un danger que la loi devait prévenir par le principe salutaire de la révocabilité.

2° Les donations faites entre *futurs* époux *par leur contrat de mariage* sont dispensées de la solennité de l'acceptation (voy. le n° 973-3°). — Celles qui sont faites entre *époux* pendant le mariage y sont au contraire soumises : l'art. 1087 ne s'applique, en effet, qu'aux donations qui sont faites *par contrat de mariage*.

3° Les donations de biens présents, faites entre *futurs* époux, ne sont point censées faites sous la condition de survie du donataire : le prédécès du donataire ne les rend donc point *caduques*. Propriétaire, et propriétaire irrévocable des biens dont il a été gratifié, il les transmet à ses héritiers (voy. le n° 998-1°). — Il n'en est plus de même des donations faites *pendant le mariage :* ces donations, lors même qu'elles ne comprennent que des biens présents, sont révocables, et toute donation révocable au gré du donateur devient, par cela même, caduque par prédécès du donataire. Si, en effet, les donations de biens à venir, les donations cumulatives de biens présents et à venir, les donations subordonnées à des conditions potestatives de la part du donateur, sont

censées faites sous la condition de survie du donataire, et caduques quand celui-ci est prédécédé, c'est uniquement parce que, pouvant être jusqu'à un certain point révoquées par le donateur, elles ne confèrent point au donataire un droit definitif. Or, s'il en est ainsi des donations qui ne sont révocables qu'*à certains égards*, sous certaines conditions (le donateur ne les peut révoquer qu'indirectement, voy. les nos 979 et 994), à bien plus forte raison doit-il en être de même de celles qui sont *absolument et directement révocables* (1).

Quelles différences y a-t-il entre elles et les legs?

1004. — Quoique les donations *entre époux* soient, de même que les legs, essentiellement révocables, il faut bien se garder de les assimiler soit aux *testaments*, soit aux anciennes donations à cause de mort. Ce sont, en effet, des *conventions* qui, dès qu'elles sont formées, transfèrent à l'une des parties un certain droit, droit qui peut lui être enlevé, mais dont elle est investie dès à présent, du vivant même du donateur, tandis que le légataire n'a, durant la vie du testateur, qu'une simple espérance (voy. les nos 517 et 525-2o).

Il n'y a d'ailleurs que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : on en dispose par *testament* ou par *donation* entre-vifs; l'art. 893 est formel sur ce point. Or, la loi appelle elle-même *donations* les libéralités faites entre époux ! Enfin, si la loi ne les considérait point comme des *donations entre-vifs*, elle ne prendrait pas la peine de nous dire expressément qu'elles ne sont point révocables pour cause de survenance d'enfant : car tout le monde sait que les *testaments* ne sont point soumis à cette cause de révocation.

Quelles conséquences résultent du principe qu'elles sont de véritables *donations entre-vifs*?

1005. — Ainsi, ce sont des *donations entre-vifs*. De là plusieurs conséquences :

1o La donation de biens présents fait passer, *hic et nunc*, les biens qu'elle comprend du patrimoine de l'époux donateur dans celui de l'époux donataire : les créanciers du donateur ne peuvent donc pas les saisir. Il est vrai que leur débiteur a le droit de les aliéner, puisqu'il a le droit de révoquer la donation; mais ce droit de révocation est un droit exclusivement attaché à sa personne, ses créanciers n'ont point qualité pour l'exercer de son chef (article 1166).

2o L'époux mineur ne peut, lors même qu'il est âgé de plus de seize ans, faire aucune donation à son conjoint (art. 904).

3o Les donations faites entre époux pendant le mariage ne sont, lorsque l'époux donateur a entamé la réserve, réductibles qu'après l'entier épuisement des legs; que s'il a fait plusieurs donations à son conjoint et à des tiers, la réduction se fait en commençant par la dernière, et ainsi de suite, en remontant des plus récentes aux plus anciennes (art. 923 et 925) (2).

(1) MM. Dur., t. IX, no 777; Val. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau t. VI, p. 290-294; Colm. de S., t. IV, no 276 *bis*, VI; Demol., t. VI, nos 468 et suiv.

(2) MM. Val.; Marc., art. 923. — *Contrà*, M. Dur., t. VIII, no 357. —

4° Elles sont soumises aux formes ordinaires des donations. Ainsi, elles doivent être faites devant notaire ; l'acte qui en est dressé doit être fait en minute et contenir la *mention expresse* de l'acceptation.

Lorsqu'elles comprennent des effets mobiliers, sont-elles soumises à la formalité de l'état estimatif?

— Sont-elles soumises, lorsqu'elles comprennent des effets mobiliers, à la formalité de l'*état estimatif* (art. 948) ? On peut dire, pour la négative, que la formalité de l'état estimatif a été exigée afin d'assurer l'*irrévocabilité* des donations (voy. le n° 674), et qu'en conséquence, il est complétement inutile dès qu'il s'agit d'une donation *essentiellement révocable*. On répond, pour l'affirmative, que la loi n'a pas vu seulement dans l'état estimatif un moyen d'assurer l'irr vocabilité de la donation ; qu'elle a considéré aussi que cet état peut être utile dans plusieurs cas, notamment en matière de rapport, de réduction (voy. le n° 676), et qu'ainsi il n'existe aucune raison d'en dispenser les donations entre époux (art. 947, combiné, d'une part, avec les art. 943 à 946, et, d'autre part, avec l'art. 948).

Doivent-elles être transcrites lorsqu'elles ont pour objet un immeuble susceptible d'hypothèque ?

1006. — Doivent-elles être *transcrites* lorsqu'elles ont pour objet un immeuble susceptible d'hypothèque (art. 939)? « A quoi bon? dira-t-on ! le donateur, étant, dans l'espèce, maître de *révoquer* expressément et même *tacitement* la donation qu'il a faite à son conjoint, a, par cela même, conservé le droit *de disposer valablement* des biens qu'elle comprend : la transcription ne donnera donc point au donataire la faculté de faire annuler les aliénations que le donateur aura consenties. »

Elle n'est cependant pas inutile, et l'époux donataire fera bien de la requérir. Elle lui procurera un double avantage. Et, en effet, tant que la donation n'est pas transcrite, la propriété des biens donnés reste sur la tête du donateur ; d'où il résulte : 1° que ses créanciers peuvent valablement les saisir ; 2° qu'ils peuvent être, de son chef, grevés d'hypothèques légales et judiciaires. La transcription empêchera l'un et l'autre résultat.

§ III. — *De la quotité disponible entre époux.*

Art. 1094 et 1098.

Quel moment faut-il considérer pour déterminer le *quantum* de la quotité disponible entre époux ?

1007. — I. *Observations.* — 1° Le chiffre de la quotité disponible entre époux, de même que le *quantùm* de la quotité disponible ordinaire, ne peut être connu et déterminé qu'*au décès du donateur ;* c'est en considérant, d'une part, l'état de sa fortune à cette époque, et, d'autre part, la qualité et le nombre des parents appelés à sa succession, qu'on peut savoir si, et dans quelle limite, la réserve a été entamée (voy. les n°s 621 et 629).

Cette quotité n'est-

2° La quotité disponible entre époux est indépendante de la na-

M. Colm. de S. (t. IV, n° 276 *bis*, VIII) admet bien qu'elles ne sont réductibles qu'après les *legs ;* mais, suivant lui, elles doivent être réduites avant de toucher aux donations entre-vifs, même postérieures en date. — Voy. aussi MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 290.

ture des libéralités et de l'époque où elles ont été faites; il n'y a pas, à cet égard, à distinguer si elles ont été faites par contrat de mariage ou pendant le mariage, par acte entre-vifs ou par testament.

elle pas indépendante de la nature des libéralités?

1008. — II. *Distinctions à faire pour déterminer la quotité disponible entre époux.* — La loi prévoit trois hypothèses : la quotité disponible varie suivant que l'époux donateur ou testateur (je l'appellerai à l'avenir l'époux disposant) a laissé soit un ou plusieurs ascendants, soit des enfants issus de son mariage avec le donataire ou le légataire, soit des enfants issus d'un précédent mariage.

Ne faut-il pas, pour la déterminer, distinguer trois hypothèses?

1009. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *L'époux disposant est mort sans enfants, laissant un ou plusieurs ascendants.* — Qu'a-t-il pu donner à son conjoint? Tout ce qu'il aurait pu donner à un étranger, et, en outre, l'*usufruit de la réserve* des ascendants; c'est-à-dire, d'une part, la moitié ou les trois quarts en toute propriété, suivant qu'il a laissé des ascendants dans les deux lignes ou dans l'une d'elles seulement, et, d'autre part, l'usufruit de la moitié ou du quart formant la réserve des ascendants (art. 915). Ainsi, le conjoint, qui avait 100,000 fr. et qui a laissé des ascendants dans ses deux lignes, a pu donner à son conjoint la moitié de ses biens, 50,000 fr., en toute propriété, c'est-à-dire la quotité disponible ordinaire, et, en outre, l'usufruit des 50,000 fr. qui forment la réserve de ses ascendants.

Quid, si l'époux donateur est mort sans enfants, laissant un ou plusieurs ascendants?

1010. — Cette disposition est fort bizarre, et il n'est pas d'auteur qui ne la critique. Quelle réserve attribue-t-on, en effet, aux ascendants? Une *nue-propriété!* Or, les ascendants étant toujours plus âgés que leur bru ou leur gendre, il est très-probable qu'ils mourront avant l'usufruitier de leur réserve. Dès lors, quel profit en retirent-ils? Aucun! Ils peuvent, il est vrai, vendre leur nue-propriété, et jouir de la somme qu'ils en retirent; mais qui ne sait qu'une nue-propriété, quand l'usufruit repose sur une tête jeune, ne peut se vendre qu'à vil prix? C'est donc une réserve à peu près dérisoire qu'on leur accorde.

Cette quotité disponible est-elle rationnelle?

Quoi qu'il en soit, remarquons que, dans cette première hypothèse, et c'est un point important à noter, le conjoint est traité *plus favorablement qu'un étranger :* la quotité disponible est, à son égard, plus forte que la quotité disponible ordinaire.

Est-elle plus forte que la quotité disponible ordinaire?

1011. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le* de cujus *a laissé des enfants issus de son mariage avec la personne à laquelle il a fait des libéralités.* — Qu'a-t-il pu lui donner? Un quart en pleine propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement. Ainsi, je puis, sur 100,000 fr., donner à mon conjoint soit 25,000 fr. en toute propriété et 25,000 en usufruit, soit 50,000 fr. en usufruit seulement.

Quid, si le *de cujus* a laissé des enfants issus de son mariage avec la personne à laquelle il a fait des libéralités?

Cette quotité, prise à la lettre, n'est-elle point tantôt plus et tantôt moins forte que la quotité disponible ordinaire?

Ane s'attacher qu'au sens apparent de notre art. 1094 (2e alinéa), la quotité dont un conjoint peut, dans l'hypothèse où nous sommes, disposer au profit de son conjoint, est tantôt *plus forte* et tantôt *moins forte* que la quotité dont chaque époux peut disposer en faveur d'un étranger. Mettons ce point en lumière.

Lorsqu'elle lui est inférieure, l'époux donataire ou légataire peut-il laisser là l'article 1094 et invoquer le bénéfice de la quotité disponible ordinaire?

On sait que la quotité disponible ordinaire *varie* suivant le nombre des enfants qu'a laissés le défunt ; qu'elle est de la *moitié* des biens s'il n'a laissé qu'un enfant, d'un *tiers* s'il en a laissé deux, d'un *quart* s'il en a laissé trois ou un plus grand nombre (art. 913).

D'après notre article, pris à la lettre et isolément, la quotité disponible entre époux *ne varie point* avec le nombre des enfants. Que le défunt en ait laissé un, ou qu'il en ait laissé deux, trois ou un plus grand nombre, le chiffre de son disponible est toujours le même : c'est, dans tous les cas, un tiers en pleine propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit.

La quotité disponible entre époux est, par conséquent, *plus étendue* que la quotité disponible ordinaire, lorsque le défunt a laissé *trois* enfants ou un plus grand nombre. En effet, l'homme qui a trois enfants ne peut donner à un étranger qu'un *quart* en pleine propriété ; il peut, au contraire, donner à sa femme un quart en propriété, et, *en outre*, un autre quart en usufruit. — A l'inverse, elle est *moins étendue*, lorsqu'il ne laisse *qu'un enfant*. En effet, l'homme qui n'a qu'un enfant peut donner à un étranger la *moitié* de ses biens *en toute propriété ;* il ne peut, au contraire, donner à sa femme *qu'un quart en toute propriété et un autre quart en usufruit ou la moitié en usufruit*.

Ainsi, dans ce système, notre art. 1094 (2e alinéa) est tantôt *extensif* et tantôt *restrictif* de la quotité fixée par l'art. 913.

1012. — D'après une autre donnée, notre article serait purement *extensif* de la quotité disponible ordinaire. Ainsi, on pourrait toujours donner à son conjoint *autant* qu'à un étranger et parfois *quelque chose de plus*.

« La loi, dit-on, n'a pas entendu priver les conjoints du bénéfice du droit commun, quand la quotité que le droit commun détermine est plus considérable que la quotité qu'elle a exceptionnellement établie en leur faveur. L'art. 1094, où cette quotité est réglée, s'explique par la faveur qui s'attache aux rapports que le mariage établit entre les époux. C'est, par conséquent, *pour* et non *contre* eux, qu'il a été fait. Dès lors, qu'en conclure, si ce n'est qu'ils peuvent le laisser là, quand l'art. 913 leur convient mieux ?

« Ainsi, ont-ils trois enfants : chacun d'eux peut donner à l'autre, d'abord tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, un quart en toute propriété ; de plus, un autre quart en usufruit. C'est à cette hypothèse que notre article se réfère. Dans ce cas, la quotité ordinaire ayant paru insuffisante entre époux, il l'étend en leur faveur.

« N'ont-ils qu'un enfant : chacun d'eux peut donner à son conjoint ce qu'il pourrait donner à un étranger, la *moitié des biens en toute propriété*. Dans cette hypothèse, la quotité ordinaire a paru suffisante : notre article ne l'étend pas ; mais il ne la restreint pas non plus.

« Donc, en résumé, notre art. 1094 (2e alinéa) est purement *facultatif*!

« Cela résulte de *ses termes* et de *son esprit*.

« *De ses termes*... Lors, en effet, que la loi ne permet point de disposer *au-delà* d'une certaine quotité, sa formule est toujours limitative ou prohibitive. C'est ainsi que les art. 913 et 1098 nous disent : « Les libéralités *ne pourront excéder*... ; l'époux qui a des « enfants d'un précédent mariage *ne peut* donner à son conjoint... » Or, notre art. 1094 n'a rien de prohibitif : « L'époux, y est-il dit, *pourra* donner... » Cette expression *pourra* fait bien voir qu'il s'agit d'une *faculté* qu'on accorde aux époux, et à laquelle, par conséquent, ils peuvent renoncer, quand le droit commun leur convient mieux.

« *De son esprit*... L'article contient, en effet, deux dispositions. La première est purement *extensive* de la quotité disponible ordinaire : la personne qui a des ascendants et point d'enfant peut, nous l'avons vu (sous le n° 1010), donner à son conjoint *plus* qu'elle *ne pourrait donner à un étranger*. Cette extension ne peut s'expliquer que par la faveur que méritent les rapports d'époux à époux. Notre article est donc, quant à sa première partie, une disposition *de faveur*. Or, s'il en est ainsi quand le conjoint donataire se trouve en présence des *ascendants* de son conjoint, pourquoi en serait-il différemment quand il est en présence de ses propres enfants? Le conjoint qui a des enfants mérite-t-il donc moins de faveur que celui qui a eu le malheur de n'en avoir point?

« Ce n'est pas tout. La personne qui a trois enfants peut donner *plus* qu'à un étranger. Si on admet qu'au cas où elle n'a qu'un seul enfant, elle ne peut point laisser à son conjoint autant qu'à un étranger, c'est-à-dire la moitié de ses biens en toute propriété, nous aurons deux règles opposées l'une à l'autre. Comment expliquerons-nous la première? Evidemment par la faveur que la loi accorde au titre d'époux. Et la seconde? Evidemment par la crainte des influences qu'impliquent les rapports d'époux à époux. Or, se peut-il que dans le même article, et relativement au même objet, la qualité d'époux soit tout à la fois *un titre de faveur* et *une cause de défiance*?

« Suivons bien l'enchaînement des dispositions de la loi. Le défunt n'a-t-il ni ascendants ni aucun enfant : il peut donner à son conjoint la totalité de ses biens, *comme à un étranger*. A-t-il des ascendants : il peut lui donner *plus qu'à un étranger*. A-t-il trois enfants : il peut encore lui donner *plus qu'à un étranger*. Dès lors, comment admettre qu'il ne puisse point lui donner *autant qu'à un étranger*, quand il n'a qu'un seul enfant? Quoi! la loi qui veut que trois enfants, en présence de leur mère veuve, se contentent chacun de *moins d'un quart*, ne voudrait point qu'un *unique enfant* se contentât d'une *moitié*! Evidemment elle n'a pas pu être à ce point inconséquente » (1).

(1) MM. Benech, *De la quotité disp. d'après l'art.* 1094, p. 101 à 184; Val.,

1012 *bis.* — Cette seconde doctrine est assurément fort séduisante; néanmoins, je ne la crois point fondée.

Le mot *pourra* dont la loi se sert fait, dit-on, assez comprendre que, dans sa pensée, notre article implique non une *prohibition*, mais une *faculté*. — Ce n'est pas mon avis. Quand la loi permet de disposer *jusqu'à concurrence d'un certain chiffre*, elle est forcément prohibitive pour tout ce qui excède le chiffre qu'elle détermine. Autrement, la limite qu'elle apporte au droit de disposer n'aurait aucune espèce de sens.—A supposer d'ailleurs que notre article ne contienne point implicitement la prohibition que j'y vois, comment la nier en présence des termes si positivement formels de l'art. 1099? « Les époux, y est-il dit, *ne peuvent* se donner au-delà de ce qui leur est permis *par les dispositions ci-dessus.*» Ou l'évidence n'a plus de clarté, ou il faut reconnaître que par ces mots : les *dispositions ci-dessus*, la loi vise et l'art. 1098 et les deux alinéas de notre art. 1094 (1).

On invoque l'esprit de la loi : « Lors, dit-on, qu'un époux a trois enfants, il peut donner à son conjoint *plus qu'à un étranger.* Cette extension de la quotité disponible ordinaire a évidemment sa raison dans la faveur que la loi attache *au titre d'époux.* Or, si cela est vrai,—et cela est incontestable,—se peut-il que ce *même titre d'époux* soit, dans la même loi, bien plus, dans le même texte, sur un objet unique et entre les mêmes personnes, *une cause de suspicion?* Cela est impossible, tant c'est absurde. »

A première vue, cela est, en effet, fort bizarre; mais, lorsqu'on examine les choses de plus près, on ne tarde pas à comprendre que, bien loin que cet antagonisme de vues renferme une grosse inconséquence, il s'explique, au contraire, et se justifie par une raison dont la sagesse est vraiment saisissante. Comprenons bien la pensée de la loi.

Il importe que l'époux qui sent sa fin prochaine puisse assurer à son conjoint les moyens de vivre honorablement dans le veuvage. Partant de cette donnée, la loi a dû mesurer sur les besoins de l'époux survivant la quotité de biens que son conjoint aura pu lui laisser. — Les besoins de l'époux survivant seront les mêmes, quel que soit le nombre des enfants en présence desquels il se trouvera. Donc la portion de biens qu'il pourra recevoir devra être la même, soit que le défunt ait trois enfants, soit qu'il n'en ait qu'un seul.

La loi l'a fixée à deux quarts, dont un en pleine propriété, ou à deux quarts en usufruit. Cette quotité, s'est-elle dit, est *nécessaire*,

journal *le Droit* du 11 mars 1846; Gustave Boutry, *Essai sur le syst. des donat. entre époux*; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 609.

(1) A l'appui de cette interprétation, je ferai remarquer que M. Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs de l'art. 1094, et M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat sur le même article, s'expriment tous les deux dans un sens négatif et prohibitif. L'époux qui a des enfants *ne pourra*, disent-ils, donner à son conjoint *qu'un* quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit (voy. Fenet, t. XII, p. 572, 573 et 621).

mais *suffisante*, pour assurer la subsistance de l'époux qui survivra.

Puisqu'elle est *nécessaire*, il pourra la recevoir *dans tous les cas*. Il est vrai que, s'il se trouve en présence de trois enfants, il sera *mieux traité qu'un étranger ;* mais sa qualité d'époux explique et justifie cette faveur.

Puisqu'elle est *suffisante*, le disposant ne pourra *jamais la dépasser*. Il est vrai que, s'il n'a qu'un seul enfant, il pourrait donner à un étranger *la moitié de ses biens en toute propriété ;* mais il serait dangereux de lui laisser, au profit de son conjoint, une liberté aussi étendue. Personne, en effet, n'ignore combien les époux sont enclins à se faire des libéralités dans la plus large mesure et au préjudice de ceux-là mêmes de leurs enfants dont la conduite envers eux est restée irréprochable. Il fallait un frein à ces entraînements.

Cette divergence de vues n'a donc au fond rien que de très-rationnel. Or, s'il est vrai qu'à le prendre tel qu'il est, notre article établit pour les époux une quotité disponible qui tantôt l'emporte sur la quotité disponible ordinaire, et tantôt lui est inférieure ; s'il est constant que l'esprit de la loi ne répugne point à cette donnée, de quel droit l'écarterions-nous (1) ?

(1) MM. Marc., art. 1094 ; Colm. de S., t. IV, no 274 *bis*, I et suiv. ; Demol., t. VI, nos 499 et 500.

Les adversaires de cette doctrine l'ont surtout combattue par un argument dont les travaux préparatoires du Code leur ont fourni la donnée. *D'après le projet du Code*, le père de famille, soit qu'il eût deux, trois enfants ou un plus grand nombre, soit qu'il n'en eût *qu'un*, ne pouvait donner à un étranger qu'*un quart* de ses biens. Quand, au contraire, il disposait au profit de son conjoint, il pouvait lui laisser un quart en propriété, comme à un étranger, *plus un autre quart en usufruit*. Dans ce système, la quotité disponible entre époux était, dans tous les cas, plus forte que la quotité disponible ordinaire.

Plus tard, la quotité disponible ordinaire ayant paru insuffisante au cas où le disposant a moins de trois enfants, on la porta du quart au tiers, avec deux enfants, et du quart à la moitié, avec un enfant unique. Quant à la quotité disponible entre époux, on n'y toucha point.

Cela posé et bien compris, les auteurs dont nous combattons la doctrine ont fait le syllogisme suivant :

L'art. 1094 fut, dans le principe, conçu dans un esprit de faveur pour le conjoint : la loi voulut qu'on pût toujours lui donner *plus* qu'à un étranger ;

Tel il était textuellement à l'origine, tel il est resté :

Donc, d'après le Code, comme d'après le projet du Code, on peut *toujours* donner à son conjoint *plus* qu'à un étranger : donc, dans l'espèce, on peut lui laisser, *en toute propriété*, la moitié de ses biens comme à un étranger.

— Ce raisonnement est boiteux. Ses auteurs partent, en effet, de ce principe qu'on peut toujours donner à son conjoint *plus* qu'à un étranger, pour arriver à conclure qu'on peut toujours lui laisser *autant*. Cela n'est pas logique. Il fallait dire : Notre art. 1094 a été conservé tel qu'il était à l'origine, afin de permettre de laisser à son conjoint tout ce qu'on peut donner à un étranger et, *en outre*, un quart en usufruit : donc, dans notre hypothèse, on peut lui laisser *la moitié de ses biens en toute propriété*, comme à un étranger, *plus un quart en usufruit*.

On pourra même aller plus loin. Notre article, dira-t-on, voulait, à l'origine, que le conjoint pût recevoir, outre la quotité disponible ordinaire, l'usufruit

Pourquoi la loi prend-elle le soin de nous dire que l'époux, qui peut donner un quart de ses biens *en pleine propriété* et un autre quart *en usufruit*, pourra, s'il le préfère, donner les deux quarts en *usufruit* seulement?

Cette disposition est-elle inutile?

N'est-elle pas l'application d'une théorie qui, dans le projet du Code, était générale, et qui a été ensuite abandonnée dans l'article 917?

Cet art. 917 est-il applicable aux libéralités entre époux?

1013. — La quotité disponible de l'art. 1094 semble renfermer une alternative ridicule : après avoir permis de donner deux quarts, l'un *en pleine propriété*, l'autre *en usufruit*, la loi prend soin de nous dire qu'un conjoint peut, s'il le préfère, donner à son conjoint deux quarts *en usufruit seulement*. Qu'était-il besoin d'accorder expressément cette faculté? le plus ne contient-il pas le moins? n'est-il pas évident que celui qui peut donner la pleine propriété d'un bien peut, *à fortiori*, en donner l'usufruit seulement?

Cette disposition n'est cependant pas inutile. Si la loi n'avait eu pour but que d'accorder la faculté de donner la moitié *en usufruit*, après avoir permis de donner *un quart en pleine propriété* et un autre quart *en usufruit*, sa disposition ne serait, sans doute, qu'une pure naïveté. Mais l'interpréter en ce sens, ce serait mal la comprendre : elle a voulu, non pas *permettre* de disposer de la moitié des biens en usufruit, car cela n'était pas nécessaire, mais *défendre* de donner plus de la moitié en usufruit. Sa pensée est celle-ci : si le conjoint ne dispose point en propriété, si la libéralité qu'il fait ne porte que sur l'usufruit de ses biens, il ne pourra pas donner au-delà de la moitié.

Cette règle est l'application d'une théorie qui, dans le projet du Code, était générale. Suivant ce projet, le chiffre du disponible en *usufruit* était le même que le chiffre du disponible en *pleine propriété*. Ainsi, bien qu'un tiers en usufruit seulement ne soit pas supérieur à un quart en pleine propriété, celui qui ne pouvait donner qu'un quart en pleine propriété ne pouvait donner qu'un quart en usufruit.

Ce système fut plus tard abandonné. Il résulte, en effet, des termes de l'art. 917 que le chiffre du disponible en usufruit seulement n'est plus calqué sur le chiffre du disponible en pleine propriété; que celui qui, par exemple, ne peut léguer qu'un quart en pleine propriété, peut néanmoins léguer les deux tiers, la moitié, la totalité même de ses biens en usufruit seulement, sauf au réservataire, s'il ne veut pas exécuter ce legs, à faire au légataire l'abandon du disponible en propriété.

La théorie que la loi avait abandonnée dans l'art. 917 a été laissée dans l'art. 1094.

Devons-nous, comme le législateur, laisser l'art. 1094 tel qu'il se comporte?

Non, répondent les auteurs du système qui a été exposé sous le n° 1012. Ce n'est, disent-ils, que par mégarde que notre article n'a pas été remanié. Et, en effet, n'oublions point que, selon son esprit,

d'une autre fraction égale à cette quotité; cette faveur a été conservée : donc, dans l'espèce, le conjoint peut recevoir, d'une part, une *moitié en toute propriété*, et, d'autre part, l'usufruit d'une autre fraction égale à cette quotité, c'est-à-dire l'usufruit de l'autre *moitié* des biens.

Personne assurément ne voudra aller jusque-là. Mais reculer, qu'est-ce, si ce n'est reconnaître que l'argument qu'on nous oppose est inacceptable quant à ses prémisses, et qu'ainsi sa conclusion est elle-même inadmissible?

il laisse aux conjoints le bénéfice du droit commun, quand le droit commun leur est favorable. Cela posé, comment ne pas voir que, si un *étranger* peut, aux termes de l'art. 917, recevoir *en usufruit* une fraction plus forte que la fraction disponible en propriété, la même faveur doit appartenir au conjoint? — Ainsi, lorsqu'un époux qui n'a qu'un enfant lègue à son conjoint la totalité de ses biens *en usufruit*, l'enfant qu'il a laissé est tenu, conformément à l'art. 917, ou d'exécuter le legs tel qu'il se comporte, ou d'abandonner la moitié en toute propriété.

Ce système ne peut pas être le nôtre. Nous avons, en effet, admis que l'art. 1094 devait être appliqué tel qu'il existe, et qu'ainsi il n'était pas vrai de dire que tout ce qui est permis dans l'intérêt d'un étranger doit l'être en faveur du conjoint. Selon nous, le conjoint auquel le défunt a laissé les deux tiers, les trois quarts ou la totalité de ses biens *en usufruit*, n'a droit qu'à la moitié en usufruit. Notre article contient un système complet dont l'art. 917 ne saurait détruire l'harmonie (1).

Que peut réclamer l'époux auquel son conjoint a légué ce dont la loi lui permet de disposer ?

1014. — Lorsque le disposant, sans préciser aucun chiffre, lègue à son conjoint *ce dont la loi lui permet de disposer*, le légataire peut-il réclamer un quart en propriété et un quart en usufruit? N'a-t-il droit, au contraire, qu'à la moitié en usufruit seulement? Le légataire a évidemment droit au plus fort disponible : les termes du legs embrassent, en effet, dans leur généralité *tout ce dont il est permis de disposer*.

Quid, si son conjoint lui a légué un quart en propriété et un quart en usufruit, *ou* la moitié en usufruit?

Mais que décider si le testateur a disposé en ces termes : *Je lègue à mon conjoint un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement*? Ce legs contient une alternative, un choix à faire; à qui le choix? au débiteur du legs ou au légataire? Le testament est muet sur ce point, ou le suppose; car, si les autres dispositions du testament contenaient une indication expresse ou même tacite, il faudrait évidemment la suivre. Si le testament ne contient aucune indication, le choix appartient alors au débiteur du legs. Nous voyons, en effet, dans l'art. 1190, qu'en matière d'obligation alternative, le choix appartient au débiteur lorsqu'il n'a pas été expressément accordé au créancier.

Art. 1098.

Quelle est la quotité de biens dont un époux peut disposer au profit de son conjoint lorsqu'il a des enfants d'un précédent mariage ?

1015. — TROISIÈME HYPOTHÈSE. Le *de cujus* qui a fait des libéralités à son conjoint a laissé des enfants issus *d'un précédent mariage* : qu'a-t-il pu donner? *Une part d'enfant le moins prenant, sans que cette part puisse jamais dépasser le* QUART.

Ainsi, la personne veuve qui s'est remariée, et qui a des enfants de son premier mariage, ne peut donner à son nouveau conjoint

(1) MM. Marc., art. 1094; Colm. de S., t. IV, n° 274 *bis*, VI; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 610-611; Demol., t. VI, n° 502.

Comment doit s'opérer la réduction, lorsque le disposant a donné ses meubles *en pleine propriété* et ses immeubles *en usufruit*? Voy., sur cette question délicate, MM. Bertauld et Billandelle (*Rev. prat.*, t. XIII, p. 87, 205 et 296).

Quid s'il a disposé de ses biens en *nue-propriété seulement*? Voy., à ce sujet, le n° 614, note.

qu'*une part d'enfant*, c'est-à-dire un quart si elle a trois enfants, un cinquième si elle en a quatre, un sixième si elle en a cinq... Si elle n'a qu'un ou deux enfants, il ne lui est point permis de donner une part d'enfant : car cette part, qui serait de *la moitié* dans la première hypothèse, d'*un tiers* dans la seconde, dépasserait le *quart*, qui est le *maximum* de la quotité disponible entre époux. Ainsi, la personne qui a un ou deux enfants d'un précédent mariage ne peut donner qu'*un quart* à son nouveau conjoint.

Quid, si les enfants de l'époux disposant ne succèdent point par égales portions?

Lorsque les enfants ne succèdent point par égales portions, ce qui arrive lorsque l'un d'eux ou plusieurs ont reçu des libéralités *par préciput*, la part que peut recevoir le nouveau conjoint se calcule, non pas sur la part de l'enfant *préciputaire*, mais sur celle de l'enfant qui a le moins. On prélève sur la masse générale des biens du défunt le préciput des enfants qui ont été avantagés ; le surplus se partage entre les enfants et le conjoint, considéré comme un enfant de plus.

Quel est, en un mot, le maximum de cette quotité disponible?

En résumé, le conjoint qui a laissé des enfants d'un précédent mariage peut donner à son nouveau conjoint une part d'enfant, pourvu que cette part ne dépasse ni la part de l'enfant qui prend le moins, ni le quart des biens.

Par quelles différences la quotité disponible entre époux, au cas où le conjoint qui dispose a des enfants d'un précédent mariage, se distingue-t-elle de la quotité disponible ordinaire?

1016. — Montrons par quelles différences la quotité dont nous traitons se sépare de la quotité disponible ordinaire. La personne qui peut donner à un étranger la *moitié* de ses biens quand elle n'a qu'un enfant, le *tiers* quand elle en a deux, ne peut donner qu'un *quart* à son nouveau conjoint. Elle peut donner à un étranger un *quart*, quand elle a quatre, cinq... dix enfants ou un plus grand nombre; elle ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant, c'est-à-dire un *cinquième*, si elle a quatre enfants, un *sixième* si elle en a cinq, un *onzième* si elle en a dix.

Dans un seul cas, les deux quotités se rencontrent : la personne qui a trois enfants d'un précédent mariage ne peut donner qu'un quart soit à son nouveau conjoint, soit à un étranger.

Ainsi, tandis que la quotité disponible entre époux est *toujours supérieure* à la quotité disponible ordinaire, lorsque l'époux qui dispose a des ascendants et point d'enfants (voy. le n° 1010); tandis qu'elle lui est *tantôt* inférieure et *tantôt* supérieure, au cas où il a des enfants issus de son mariage avec l'époux qu'il gratifie (voy. les nos 1011 et s.), elle lui est *toujours inférieure* (sauf un cas où elle l'égale), quand il a des enfants d'un précédent mariage.

Quels enfants comptent pour la déterminer?

1017. — La part d'enfant qui peut être attribuée au nouveau conjoint se calcule eu égard au nombre d'enfants que le *de cujus* a laissés à son décès, et *qui sont ses héritiers*. Ainsi, on ne compte ni ceux qui sont morts avant le donateur, ni ceux qui ont renoncé à sa succession, ni enfin ceux qui en sont exclus pour cause d'indignité : il faut, en effet, être *héritier* pour avoir droit à la réserve (voy. le n° 597).

Les enfants du second lit entrent en ligne de compte, comme ceux du premier lit.

Les *petits-enfants* ont droit à la réserve; mais ils ne comptent que pour l'enfant dont ils sont issus, soit qu'ils succèdent *par représentation*, soit qu'ils viennent *de leur chef* (voy. le n° 594).

Quid, dans le cas où une personne qui a des enfants d'une précédente union a passé successivement à différents mariages? Qu'a-t-elle pu donner à chacun de ses conjoints?

1018. — Comment faut-il entendre la règle de notre art. 1098, lorsqu'un conjoint, ayant des enfants d'une précédente union, a passé à d'autres mariages? a-t-il pu donner à chacun de ses nouveaux conjoints une part d'enfant? Pothier et Ricard pensaient que tous les conjoints pris ensemble ne pouvaient recevoir au-delà d'une part d'enfant. Ainsi, la personne qui avait des enfants d'un premier mariage, et qui avait donné à son second conjoint une part d'enfant, ne pouvait plus rien donner à son troisième conjoint.

C'est, je crois, le système qu'il faut encore suivre aujourd'hui. Les termes de l'art. 1098 ne sont pas, en effet, assez explicites pour qu'on puisse en tirer la preuve que la loi a entendu s'en écarter. Si elle eût eu cette intention, les travaux préparatoires du Code nous fourniraient des renseignements; or, il est impossible d'y trouver un seul mot qui soit l'indice d'une innovation. Ce qui est plus décisif, c'est que M. Bigot-Préameneu disait au Corps législatif : « Le Code a maintenu cette sage disposition » (1).

Qui peut demander la réduction de ces libéralités? Les ascendants le peuvent-ils?

1019. — La restriction apportée à la quotité disponible ordinaire par l'art. 1098 a été introduite afin de protéger les enfants issus d'un précédent mariage contre les entraînements que subit toujours le père ou la mère qui convole à de secondes noces. Le droit de faire réduire les libéralités qui excèdent la part de l'enfant le moins prenant, ou le quart, ne peut donc naître que dans la personne de ces enfants : s'ils meurent avant le disposant, ou si, lui ayant survécu, ils renoncent à sa succession, les enfants communs n'ont point qualité pour demander cette réduction.

Lorsque les enfants du précédent mariage ont fait prononcer la réduction, profitent-ils seuls de la réduction?

Mais remarquons que, si le droit de la demander ne peut pas s'ouvrir dans la personne des enfants communs, ils en profitent néanmoins lorsqu'elle a été prononcée sur la demande des enfants du premier lit. Les biens obtenus par la voie de la réduction sont, en effet, réputés, au moins à l'égard des enfants, faire partie de la succession du disposant (voy. le n° 646). Or, la succession qui est dévolue à des enfants se partage *également* entre eux, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont nés du même mariage ou de différents lits (art. 745).

S'ils ne la demandent

1020. — Si les enfants du premier lit négligent d'exercer l'ac-

(1) MM. Marc., art. 1098; Zach., Aubry et Rau, t. V, p. 632; Demol., t. VI, n° 572. — M. Duranton (t. IX, n° 804) pense, au contraire, que les rédacteurs du Code ont introduit un système nouveau. Suivant lui, il est permis de donner successivement à chaque nouveau conjoint une part d'enfant, pourvu que ces donations, réunies aux donations faites à des étrangers, n'excèdent point la quotité disponible *fixée par l'art.* 913.

Dans un troisième système, chaque conjoint successif peut recevoir une part d'enfant; mais ces donations successivement faites ne doivent pas dépasser *le quart* (MM. Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 248; Colm. de S., t. IV, n°s 278 et 278 *bis*, XI).

point, les enfants du second mariage peuvent-ils la demander?

tion en réduction qui s'est ouverte dans leur personne, ou s'ils y renoncent, les enfants du second mariage peuvent-ils l'exercer de leur propre chef? L'affirmative est généralement admise. Dès l'instant, dit-on, que le droit de réduction est né dans la personne des enfants issus du précédent mariage, le même droit s'est également ouvert dans la personne des enfants communs : dès qu'il s'ouvre, il s'ouvre *pour tous*. S'il en était autrement, le principe que les enfants de différents lits *succèdent également* serait violé, puisque les enfants du premier mariage seraient investis d'un droit que n'auraient pas les enfants du second lit (voy., sur ce sujet, au t. III, les nos 247 et 248).

Art. 1099 et 1100.

1021. — Après avoir déterminé dans quelles limites les libéralités sont permises entre époux, la loi a dû, afin de compléter son œuvre, prévenir les fraudes qui peuvent être pratiquées pour éluder ses dispositions.

Quelles précautions la loi prend-elle pour empêcher les époux d'éluder ses prohibitions?

De là l'art. 1099 : « Les époux ne peuvent se donner *indirecte-*
« *ment* au-delà de ce qui leur est permis par les art. 1094 et 1098.
« — Toute donation, ou *déguisée*, ou faite à personnes *interposées*,
« sera *nulle* » (voy. les art. 1496 et 1527).

Comment faut-il entendre la règle que toute donation *déguisée* ou faite à personnes interposées est nulle?

Ce texte est loin d'être clair. Il y a deux manières de l'interpréter.

Faut-il distinguer, à cet égard, les donations *indirectes* de celles qui sont *déguisées* ou faites à personnes interposées?

Première interprétation. Notre article contient deux alinéas parfaitement distincts et, conséquemment, deux règles différentes et indépendantes l'une de l'autre.

Faut-il dire que les premières sont *réductibles* seulement, et que les secondes sont *nulles*?

Le 1er alinéa a trait aux donations *indirectes* : ces donations sont *valables*, mais *réductibles* quand elles excèdent le disponible.

Le second vise les donations *déguisées* (1) ou *faites à personnes interposées* : ces donations sont *nulles* pour le tout, soit qu'elles dépassent, soit qu'elles ne dépassent point la quotité disponible.

Cette différence est, dit-on, fort rationnelle. La donation *indirecte* ne se cache point; elle se fait au grand jour. Ainsi, le conjoint qui renonce à un legs auquel il est appelé concurremment avec son conjoint, afin de le faire acquérir en totalité à ce dernier, lui fait *indirectement*, mais *ouvertement*, une libéralité.

Il n'en est pas de même de celles qui se cachent sous la forme mensongère d'un contrat à titre onéreux ou qui s'adressent à un compère. Par leur nature même, ces donations sont suspectes; elles sont presque toujours le résultat de la captation ou de la suggestion. On conçoit donc que la loi ait cherché à les prévenir par une pénalité plus efficace que celle qu'elle attache aux donations *indirectes*.

Remarquons, en outre, que, si la loi n'avait pas entendu établir une différence entre ces deux classes de donations, le second alinéa de l'art. 1099 serait alors sans objet, puisqu'il ne ferait que

(1) Voy., sous les nos 402 et suiv., la définition des donations *indirectes* et des donations *déguisées*.

reproduire la pensée qui est implicitement écrite dans le premier (1).

1022. — SECONDE INTERPRÉTATION. Notre article contient, il est vrai, deux alinéas ; mais, bien loin qu'ils soient indépendants l'un de l'autre, le second n'est que le complément du premier. L'un pose un principe ; l'autre le développe et y attache une sanction.

Il n'est point permis de faire *indirectement* des libéralités qui excèdent la quotité disponible. Voilà le principe. — Les donations *déguisées* et les donations faites *à des personnes interposées* sont des donations *indirectes*. Voilà l'explication ou le commentaire du principe établi : le mot *indirectement*, la loi nous l'apprend, a ici un sens absolu qui, dans sa généralité, embrasse toutes les libéralités faites en dehors des formes prescrites par les art. 931 et suivants. — Les donations indirectes qui dépassent la quotité disponible sont *nulles* en tant qu'*excessives* et, par conséquent, réductibles au taux de la quotité qu'elles dépassent. Voilà la sanction du principe.

Le mot *nulles* dont s'est servie la loi pour exprimer sa pensée, n'est point, sans doute, scientifiquement exact : il eût mieux valu dire *réductibles ;* mais notre langue juridique est-elle si bien faite et si parfaitement arrêtée, qu'on doive attacher à ces expressions une si grande importance? Qu'importent les mots quand la pensée de la loi est certaine? Donc qu'a-t-elle voulu? Elle a simplement voulu, — l'intime relation qui rattache ses dispositions les unes aux autres le montre assez, — protéger la réserve qu'elle a établie dans les art. 1094 et 1098. Or, l'action *en réduction* suffit à cet effet. La *nullité* de la donation dépasserait le but (2).

1023. — Comment les héritiers réservataires prouveront-ils l'interposition de personnes? Comment établiront-ils que le donataire a été secrètement chargé de rendre la donation au conjoint du donateur?

Si les héritiers réservataires de l'époux décédé soutiennent qu'il a fait à son conjoint, mais par personnes interposées, une donation qui excède la quotité disponible, comment prouveront-ils l'interposition de personnes?

L'interposition n'est-elle pas quelquefois présumée?

Cette présomption peut-elle être combattue par des preuves contraires?

Dans quel cas s'applique-t-elle, et quelle en est l'étendue?

Tous les moyens de preuve leur sont ouverts : la preuve écrite, la preuve testimoniale, de simples présomptions, l'aveu et le serment !

Dans plusieurs cas même, la loi établit à leur profit une présomption qui les dispense de toute autre preuve, et contre laquelle nulle preuve contraire n'est admise. La donation faite aux enfants que mon conjoint a eus d'un précédent mariage est, en effet, *réputée* faite à mon conjoint lui-même. Il en est de même de celle qui est faite aux personnes dont mon conjoint était, « *au moment de la donation,* » l'héritier présomptif.

(1) MM. Marc., art. 1099; Colin. de S., t. IV, nb 279 *bis*, I et II; Demol., t. VI, no 614. — Suivant MM. Zach., Aubry et Rau (t. V, p. 611 et p. 623), les libéralités déguisées ou faites à personnes interposées ne sont *nulles* qu'autant qu'elles sont faites *dans le but* d'excéder la quotité disponible.

(2) MM. Dur., t. IX, no 831 ; Val.; Merville, *Rev. prat.*, t. XV, p. 74.

Comment faut-il expliquer ces mots dont se sert la loi : encore qu'il ne *survive* point à son parent donataire ?

« Au moment de la donation... » Ainsi, il faut faire abstraction des événements postérieurs. De là il résulte :

1° Que, si le conjoint du donateur est, au moment de la donation, l'héritier présomptif de la personne désignée comme donataire dans l'acte de donation, la présomption d'interposition produit son effet, « encore qu'il ne survive point au donataire. »

Ces mots : « encore qu'il ne survive point au donataire, » doivent être entendus dans un sens explicatif, et non limitatif. La pensée de la loi est celle-ci : encore qu'il ne devienne point l'héritier du donataire. Peu importe donc la cause qui l'a empêché de lui succéder.

2° Que, si, au contraire, il n'était point héritier présomptif du donataire au moment de la donation, la présomption d'interposition n'existe point, encore qu'il lui ait succédé (voy., sous les nos 572 et s., l'expl. de l'art. 911, et, sous le n° 1617, l'expl. de l'art. 1350-1°).

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS, OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

20e *Répétition.*

CHAPITRE I. — DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

Qu'est-ce qu'une obligation ?

1024. — I. *Définition de l'obligation.* — On la définit : « *Un lien de droit* qui nous astreint envers quelqu'un à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

« Un lien de droit..., » figure de langage, métaphore employée pour désigner les moyens de coercition dont il sera parlé dans les art. 1142 à 1145 (voy. les nos 1138 et s.).

Quelle idée exprime-t-on lorsqu'on dit que l'obligation est un *lien de droit* ?

On appelle l'obligation un *lien*, parce que l'idée de lien emporte l'idée de *contrainte*. Ce lien est appelé *lien de droit*, parce que c'est la loi qui a organisé les moyens de *coercition* qu'elle met à la disposition du créancier contre son débiteur récalcitrant. — Ainsi, et sans figure de langage, l'obligation est *la nécessité juridique où se trouve une personne de procurer à une autre un certain bénéfice.*

L'obligation de *donner* n'est-elle pas une obligation de *faire* ? Dès lors, pourquoi la loi a-t-elle distingué ces deux obligations ? Quelles différences y a-t-il entre elles ?

« A donner, faire ou ne pas faire quelque chose... » *Donner* n'est pas ici le synonyme de *donare ;* c'est la traduction du verbe *dare*, qui, en droit romain, signifiait : *transférer* la propriété d'une chose.

C'est accomplir un *fait* que transférer la propriété d'une chose : l'obligation de *donner*, c'est-à-dire l'obligation de transférer la propriété, est, par conséquent, comprise dans l'obligation de *faire*, comme l'espèce est comprise dans le genre. Il semble donc

que le mot *donner* est une redondance dans la définition de l'obligation.

Ce n'est pas cependant sans raison que le Code a cru devoir la distinguer. Il est bien vrai qu'elle est elle-même une obligation de faire ; mais c'est une obligation de faire *sui generis*, qui, sous plusieurs rapports, diffère de toute autre obligation de faire. Je signale ces différences.

Le contrat qui a pour objet une translation de propriété a rarement lieu *intuitu personæ*, c'est-à-dire en considération des qualités de la personne qui s'oblige à *donner*. Lorsqu'en effet j'achète tel ou tel objet, le but que je me propose, c'est d'avoir la chose que j'achète : peu m'importe que je l'obtienne de telle personne plutôt que de telle autre. — Quand, au contraire, je m'engage à payer un certain prix en retour d'un certain fait que la personne avec laquelle je contracte promet d'accomplir à mon profit, la considération de cette personne entre ordinairement pour quelque chose dans la convention que j'ai faite avec elle. Ainsi, lorsque je promets une certaine somme à un peintre renommé qui s'oblige à me faire un tableau, la réputation de mon débiteur, son habileté bien connue, me déterminent certainement à contracter avec lui.

De là une double différence entre l'obligation de *donner* et l'obligation de *faire* :

1° L'erreur sur la personne du débiteur entraîne rarement la nullité de l'obligation de *donner*. — Elle est, au contraire, le plus souvent, une cause de nullité de l'obligation de *faire* (article 1110).

2° L'obligation de *donner* peut être acquittée *par un tiers* (article 1236). — Le créancier peut, au contraire, en principe, exiger que l'obligation de *faire* soit accomplie par le débiteur lui-même (art. 1237).

Art. 1101. Quelles sont les sources des obligations ?

1025. — II. *Sources des obligations*. Elles naissent d'un fait de l'homme ou de la loi. Le fait de l'homme peut être licite ou illicite. S'il est licite, c'est un *contrat* ou un *quasi-contrat*. S'il est illicite, c'est un *délit* ou un *quasi-délit*.

Ainsi, cinq sources des obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. Notre Titre III traite des contrats. Les autres sources des obligations font la matière du Titre IV.

Le contrat n'est-il pas une convention ? Quels effets peut produire une convention ?

1026. — III. *Définition du contrat*. — Il résulte des termes mêmes de l'art. 1101 que le *contrat* est une espèce de *convention*. Il faut donc, pour le connaître, savoir préalablement ce que c'est qu'une convention.

La convention est l'accord de deux volontés *pour produire un effet de droit*.

Cet effet de droit peut être soit la création d'une ou de plusieurs obligations, soit l'extinction ou même seulement la modification d'une obligation préexistante, soit enfin, ce qui n'avait

jamais lieu du temps de Pothier, une mutation de propriété.

Ainsi, les conventions produisent, éteignent ou modifient des obligations. Elles sont, de plus, dans certains cas, translatives de la propriété de la chose qu'elles ont pour objet.

Quelle est la convention que le Code appelle *contrat*?

Comment le Code le définit-il?

Cette définition est-elle exacte?

Quelle est donc celle de ces conventions qui prend le nom de *contrat?* — C'est, à s'en tenir au texte de l'art. 1101, *celle qui produit une ou plusieurs obligations.*

« Le contrat, y est-il dit, est la convention par laquelle une ou plusieurs personnes *s'obligent*, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

Cette définition est vicieuse sous plusieurs rapports :

1° Le Code divise lui-même les contrats en *synallagmatiques*, ou contrats qui obligent toutes les parties les unes envers les autres, et *unilatéraux*, ou contrats qui n'obligent que l'une des parties (art. 1102, 1103). Or, la définition du contrat, telle qu'elle est donnée par l'art. 1101, ne comprend pas les deux hypothèses; elle ne convient qu'aux contrats *unilatéraux*.

2° La convention qui produit des obligations opère souvent, en même temps, un transport de propriété. Ainsi, lorsque je vous vends une maison, notre convention produit un double effet. Elle crée, d'une part, *des obligations:* car nous sommes obligés, vous de me payer le prix stipulé, moi de vous livrer la maison que je vous ai vendue. Elle opère, d'autre part, une mutation de propriété : car je cesse d'être, et vous devenez, propriétaire de la maison, sans qu'il y ait besoin d'aucun fait nouveau pour opérer le transport de la propriété (voy. les nos 8, 1123 et s.). La circonstance que la convention opère une mutation de propriété, en même temps qu'elle crée des obligations, ne l'empêche pas d'être un *contrat* : la loi devait donc, et c'est ce qu'elle n'a point fait, mentionner, dans la définition du contrat, la mutation de propriété, qui souvent en est l'un des effets les plus importants.

Ainsi, dans une langue bien faite, on eût appelé *contrat* la convention qui produit soit des obligations seulement, soit tout à la fois des obligations et une mutation de propriété. Quant aux conventions qui *éteignent* ou qui *modifient* des obligations, on leur eût conservé le nom générique de *convention*.

Le Code ne confond-il point quelquefois le contrat avec la convention?

L'obligation avec le contrat?

L'écrit qui constate le contrat avec le contrat lui-même?

Ce n'est pas ce qu'a fait le Code. Après avoir distingué, dans l'art. 1101, le *contrat* de la *convention* dont il est une espèce, la loi oublie presque aussitôt sa distinction. Tantôt, en effet, elle appelle *convention* ce qui, d'après l'art. 1101, est un *contrat*, et *contrat* ce qui, d'après le même article, est une *convention*.

Elle a fait bien plus encore : car elle a, par un malheureux abus de langage, confondu les choses les plus distinctes. C'est ainsi qu'elle a souvent confondu l'*obligation* avec le *contrat* qui lui donne naissance, et le *contrat* avec l'*écrit* ou l'*acte* qui sert à le constater.

Qu'est-ce que la *pollicitation?*

Produit-elle quel-

1027. — IV. *De la pollicitation.* — Il ne faut pas confondre la *pollicitation* avec le *contrat*.

Le *contrat* suppose un accord entre deux ou plusieurs personnes, une offre d'un côté et une acceptation de l'autre.

La pollicitation est l'offre qui n'est pas encore acceptée. Elle ne produit aucune obligation : celui qui l'a faite reste maître de la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée, et, lors même qu'il ne l'a point retirée, elle ne peut plus être acceptée utilement après sa mort. Nos héritiers succèdent à nos *obligations;* ils ne succèdent point à nos simples *promesses*. Ce n'est point seulement après la mort de celui qui l'a faite qu'elle ne peut plus être utilement acceptée, c'est aussi après tout autre événement qui le rend incapable de s'obliger. Je vous ai offert de vous vendre ma maison pour tel prix; pendant que vous délibérez, je suis atteint de folie, et l'on m'interdit : l'offre que je vous ai faite ne peut plus être acceptée, elle est caduque.

Et, de même qu'elle ne peut plus être acceptée après la mort de celui qui l'a faite, elle ne peut plus l'être après le décès de celui à qui elle était adressée : nos héritiers succèdent à nos *droits*, ils ne succèdent point aux *offres* qui nous sont faites.

La pollicitation acceptée n'est même pas toujours obligatoire : elle ne l'est pas si elle n'a point été faite *animo contrahendæ obligationis*. Ainsi, lorsqu'un père promet à son fils, qui accepte, de lui donner de quoi faire un voyage d'agrément, s'il emploie bien son temps, cette convention n'est pas civilement obligatoire, parce qu'il est évident que le père, en la faisant, n'a pas entendu se lier envers son fils.

que effet? En d'autres termes, oblige-t-elle celui qui l'a faite? Peut-il la retirer? *Quid*, s'il meurt ou s'il est interdit avant qu'elle ait été acceptée?

Quid, si celui auquel l'offre est faite meurt avant de l'avoir acceptée?

La pollicitation acceptée est-elle toujours obligatoire?

1028. — V. *Division des contrats.* — Les contrats sont :

1° *Synallagmatiques* ou *unilatéraux*.

Le contrat *synallagmatique* (ou *bilatéral*) est celui par lequel chacune des parties s'oblige envers l'autre.

Le contrat *unilatéral* est celui par lequel l'une des parties seulement s'engage envers l'autre.

Art. 1102 et 1103.

Comment le Code divise-t-il les contrats?

Qu'est-ce qu'un contrat synallagmatique? Un contrat unilatéral?

Dans le premier cas, chacune des parties stipule et promet; dans le second, l'une stipule et l'autre promet. Le contrat *synallagmatique* est donc celui par l'effet duquel chacune des parties devient en même temps *créancier et débiteur*. Ainsi la vente est un contrat synallagmatique : le vendeur est *débiteur* de la chose vendue et *créancier* du prix; l'acheteur est *débiteur* du prix et *créancier* de la chose vendue. — Le contrat *unilatéral* est celui par l'effet duquel l'un des contractants devient *débiteur* seulement et l'autre *créancier* seulement. Ainsi, le *prêt* d'une somme d'argent est un contrat unilatéral (voy. les Form. 348 et 594) : l'emprunteur est *uniquement débiteur* et le prêteur *uniquement créancier* d'une somme semblable à celle qui a été prêtée. Mais, dit-on, celle des parties qui a prêté n'est-elle pas, elle aussi, obligée? Ne s'est-elle pas, en effet, engagée *à ne pas réclamer, avant l'expiration du terme convenu*, la somme qui lui est due? Je réponds qu'il est bien vrai qu'elle ne peut pas, avant l'échéance du terme, réclamer ce qui lui est dû, mais qu'il ne faut pas confondre l'*absence d'un droit*

avec une *obligation*. Ce n'est pas, en effet, être *obligé* envers son débiteur que n'avoir pas le droit d'agir contre lui avant telle ou telle époque. Du moment qu'il n'a lui-même aucune action contre moi, on ne peut pas dire que je suis *lié* envers lui, que je suis son *débiteur*. Si le prêt d'une somme d'argent n'était point unilatéral, il serait impossible de trouver un seul contrat qui ne fût point synallagmatique.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les contrats synallagmatiques des contrats unilatéraux?

1029. — *Intérêt de la division des contrats synallagmatiques et unilatéraux*. — Cet intérêt est double :

1° Le contrat est-il *synallagmatique* : l'écrit sous seing privé que les parties dressent pour le constater ne fait preuve en justice qu'autant qu'il est fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et que chaque original porte la mention expresse de l'observation de cette formalité. — Est-il *unilatéral* : un seul original suffit (art. 1325).

2° Tout contrat *synallagmatique* est réputé fait sous la condition que, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie pourra demander la résolution du contrat. — La même condition résolutoire est impossible dans un contrat *unilatéral* (article 1184).

Les anciens auteurs ne distinguaient-ils point deux classes de contrats synallagmatiques?

1030. — *Contrats synallagmatiques imparfaits*. — Nos anciens auteurs divisent les contrats synallagmatiques en synallagmatiques *parfaits* et synallagmatiques *imparfaits*.

Sont synallagmatiques *parfaits* ceux qui, *dès l'instant qu'ils sont formés*, obligent chacune des parties. Tel est, par exemple, le contrat de vente : dès que la vente est conclue, chacune des parties est *immédiatement* obligée envers l'autre.

Sont synallagmatiques *imparfaits* ceux qui, *à priori*, c'est-à-dire dès l'instant de leur formation, n'obligent que l'une des parties, mais qui peuvent devenir l'occasion d'une obligation pour l'autre partie. Tel est, par exemple, le contrat de dépôt. Ce contrat n'oblige immédiatement que le dépositaire, qui se charge de conserver la chose déposée et de la rendre à première réquisition. Quant au déposant, il est uniquement *créancier* : le dépositaire n'a contre lui aucune action. Il est vrai que, si le dépositaire fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée, le déposant devra les lui rembourser ; mais cette obligation naîtra d'un *fait postérieur* au contrat : le contrat aura été l'*occasion* de cette obligation, il n'en sera point le *générateur* direct.

Le Code a-t-il reproduit cette distinction?

Le Code n'a pas reproduit cette distinction. Les contrats sont ou synallagmatiques ou unilatéraux, et, pour les juger, la loi se place au moment même de leur formation, sans tenir aucun compte des événements ultérieurs. Ainsi, les contrats que nos anciens auteurs appelaient synallagmatiques *imparfaits* sont aujourd'hui rangés dans la classe des contrats *unilatéraux*.

Art. 1105 et 1106. Qu'est-ce qu'un conduit;

1031. — 2° *A titre onéreux* ou *de bienfaisance*. — La première division se rattache au nombre des obligations que le contrat produit; la seconde, au but que se propose chacune des parties. Si ce

but est *intéressé* ou *pécuniaire* pour chacune d'elles, le contrat est *à titre onéreux;* s'il est *intéressé*, *pécuniaire*, pour l'une d'elles, et *désintéressé* pour l'autre, le contrat est *à titre gratuit* ou *de bienfaisance*. La vente est un contrat *à titre onéreux*, car le but que s'y propose chaque partie est *intéressé*. La donation est un contrat *de bienfaisance :* car le but que s'est proposé le donateur est, pécuniairement parlant, absolument désintéressé. Le mandat, le dépôt, le prêt sans intérêt, sont dans la même classe : le mandataire, le dépositaire et le prêteur n'agissent point, en effet, dans un but intéressé; ils rendent un service, et ne reçoivent en retour que la reconnaissance de la personne à laquelle ils le procurent.

trat à titre onéreux? Un contrat de bienfaisance?

Ainsi, le contrat *à titre onéreux* est celui qui est fait pour l'avantage et l'utilité pécuniaires de chacune des parties (voy. les Form. 541 et 567). Le contrat *de bienfaisance* est celui qui est fait pour l'avantage et l'utilité pécuniaires de l'une des parties seulement (voy. les Form. 293 *bis*, 593, 594, 609 et 611).

Le Code définit le contrat à titre onéreux : « celui qui *assujettit* chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. »

Comment le Code définit-il le contrat à titre onéreux? Sa définition est-elle exacte? Tout contrat synallagmatique n'est-il pas à titre onéreux? La réciproque est-elle vraie?

Cette définition n'est pas exacte. Si, en effet, le contrat à titre onéreux était celui qui *oblige* chacune des parties, il faudrait dire alors que tout contrat *à titre onéreux* est *synallagmatique;* or, il n'en est pas ainsi ! Il est bien vrai que tout contrat *synallagmatique* est *à titre onéreux :* car, chacune des parties étant obligée de donner ou de faire quelque chose, il est vrai de dire que chacune d'elles reçoit, en échange de l'avantage qu'elle procure, un équivalent pécuniaire, ce qui est le caractère essentiel du contrat à titre onéreux. Mais la réciproque n'est pas vraie : un contrat *à titre onéreux* peut n'être pas *synallagmatique*. Ainsi, le prêt à intérêt (voy. les Form. 358 et 371), qui est à titre onéreux, puisqu'il est fait pour l'avantage et l'utilité pécuniaires de chacune des parties, n'est pas synallagmatique, puisqu'il n'oblige que l'une des parties, l'emprunteur (1).

— *Intérêt de la division des contrats en contrats à titre onéreux et contrats de bienfaisance.* — L'intérêt de cette distinction se rattache principalement à la théorie des fautes. Le débiteur qui rend un service gratuit mérite plus d'indulgence que celui dont on paie les soins : aussi la responsabilité d'un mandataire, d'un dépositaire, est-elle plus ou moins grande, suivant que le mandat ou le dépôt est ou non *salarié* (art. 1137, 1928 et 1992).

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les contrats à titre onéreux des contrats de bienfaisance?

1032. — 3° *Commutatifs* ou *aléatoires*. — Cette troisième division n'est qu'une subdivision des contrats à titre onéreux. La loi en a donc, mal à propos, fait l'objet de l'art. 1104. C'est dans l'art. 1106 que cette division eût dû être faite : l'art. 1104 aurait

Art. 1104. La division des contrats en commutatifs et aléatoires n'est-elle pas une subdivision

(1) M. Valette enseigne que le mot *assujettit* dont se sert l'art. 1106 est synonyme, non pas du mot *oblige*, mais du mot *exige*. La pensée du Code est celle-ci : le contrat à titre onéreux est celui qui *exige pour sa formation* que chacune des parties donne et reçoive quelque chose. Dans ce système, la définition que nous avons critiquée devient exacte.

des contrats à titre onéreux?

La place qu'elle occupe dans le Code est-elle logique?

Les contrats commutatifs sont-ils toujours synallagmatiques, ainsi que le dit le Code?

Qu'est-ce qu'un contrat commutatif?

Un contrat aléatoire?

défini le contrat de bienfaisance; l'art. 1105, le contrat à titre onéreux; enfin l'art. 1106, les contrats commutatifs et les contrats aléatoires.

Le contrat *commutatif*, étant un contrat à titre onéreux, peut être *unilatéral :* car, ainsi que je l'ai montré, un contrat à titre onéreux peut n'être pas *synallagmatique*. C'est donc à tort que le Code le définit : « celui par lequel chacune des parties s'engage... » Ce n'est pas au nombre des obligations que le contrat doit produire, mais à la nature de l'équivalent que chacune des parties reçoit en échange de ce qu'elle procure, qu'il faut s'attacher lorsqu'on veut savoir si un contrat est *commutatif* ou *aléatoire*.

Le contrat est *commutatif* lorsque chacune des parties reçoit un avantage qui, *à priori*, est supérieur, égal ou inférieur à celui qu'elle procure, en sorte que chacune d'elles peut, dès l'instant de la formation du contrat, savoir si elle a gagné ou perdu. Ainsi, la vente d'une maison pour une somme déterminée est un contrat commutatif (voy. la Form. 541) : chacune des parties peut, en contractant, comparer l'avantage qu'elle doit recevoir à celui qu'elle doit procurer, et vérifier, d'une manière certaine, si elle fait ou non une bonne affaire.

Le contrat est *aléatoire* lorsque chacune des parties reçoit un avantage qui peut-être sera inférieur, peut-être supérieur, peut-être égal à celui qu'elle procure, suivant tels ou tels événements ultérieurs, en sorte qu'aucune des parties ne peut savoir, en contractant, de quel côté sera le gain ou la perte. Ainsi, la constitution d'une rente viagère est un contrat aléatoire (voy. la Form. 598): si, en effet, l'une des parties donne à l'autre un capital de 100,000 fr., moyennant 15,000 fr. de revenus qui lui seront payés chaque année, *tant qu'elle vivra*, aucune d'elles ne peut vérifier, en contractant, si l'avantage qu'elle promet est inférieur, égal ou supérieur à celui qu'elle doit recevoir ; aucune d'elles ne peut savoir si elle gagnera ou si elle perdra au contrat, puisque le gain ou la perte dépend d'un événement ultérieur. Ce n'est qu'au décès du créancier de la rente, après qu'on saura le temps qu'elle aura duré, qu'il sera possible de vérifier laquelle des deux parties aura fait une bonne affaire (1).

La vente d'une succession, d'un droit d'usufruit, le contrat d'assurance, le jeu et le pari, sont des contrats aléatoires (art. 1964).

Quel intérêt y a-t-il à les distinguer?

1033. — *Intérêt de la division des contrats en contrats commutatifs et contrats aléatoires.* — Cette distinction était fort importante dans l'ancien droit. Autrefois, en effet, tous les contrats à titre onéreux, ayant pour objet des immeubles, étaient *rescindables pour cause de lésion lorsqu'ils étaient commutatifs*. Il n'en était

(1) Le Code donne deux définitions du contrat aléatoire, l'une dans l'article 1104, l'autre dans l'art. 1964. Selon la première, le contrat est aléatoire lorsque la chance du gain ou de la perte existe *pour chacune des parties;* selon la seconde, il suffit qu'elle existe pour *l'une d'elles seulement*. Laquelle de ces définitions est la plus exacte? Voy. l'expl. de l'art. 1964.

pas de même de ceux qui étaient *aléatoires* : il eût été trop difficile, disait-on, d'apprécier et d'estimer des chances dont la réalisation ou la non-réalisation est souvent si contraire aux prévisions humaines.

La lésion n'étant plus, sous l'empire du Code, une cause de rescision que pour deux contrats seulement, le partage (art. 887) et la vente d'un immeuble (art. 1674), l'intérêt de notre division s'est de beaucoup amoindri. Mais il n'a pas disparu complétement. Nous avons vu, en effet (sous le n° 506), que le partage, et nous verrons plus tard que le contrat de vente, sont ou ne sont pas rescindables pour cause de lésion, suivant qu'ils sont commutatifs ou aléatoires.

Art. 1107.

1034. — 4° *Nommés* ou *innomés*. — Les contrats *nommés* sont ceux auxquels la loi a attaché un nom particulier, tels que la vente, l'échange, la société... Les contrats *innomés* sont ceux qui n'ont reçu aucune dénomination spéciale.

Qu'est-ce qu'un contrat nommé? Un contrat innomé?

Les contrats *nommés* sont soumis, d'une part, aux règles générales qui font l'objet de notre Titre, et, d'autre part, à certaines règles qui leur sont propres, et qui sont établies sous les Titres relatifs à chacun d'eux. C'est à ce point de vue seulement qu'il importe de connaître les dénominations particulières des conventions.

Quant aux contrats *innomés*, ils n'ont point de règles qui leur soient propres : ils sont régis par les principes généraux sur la matière des obligations. On peut, toutefois, leur appliquer, par analogie, certaines règles particulières aux contrats nommés avec lesquels ils ont le plus de similitude.

Les divisions que le Code donne des contrats sont-elles les seules?

1035. — Les contrats se divisent encore, d'après la manière dont ils se forment, en *consensuels*, *solennels* ou *réels*.

Qu'est-ce qu'un contrat *consensuel*?

Contrats consensuels. — Ce sont ceux qui n'exigent, pour leur perfection, d'autre condition que le consentement des parties, consentement qui peut être manifesté de toute manière, soit par écrit, soit verbalement, soit par des actions. La vente, par exemple, est un contrat consensuel : car elle est parfaite dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix.

Un contrat *solennel*?

Contrats solennels. — Ce sont ceux qui ne sont parfaits, civilement obligatoires, qu'autant que le consentement des parties est manifesté selon certaines formes particulières. La donation, par exemple, est un contrat solennel : car elle n'est valable qu'autant que la volonté des parties a été, en présence de plusieurs témoins, déclarée à un notaire qui en a dressé acte selon les formes prescrites (voy. les n°s 653 et s.).

Quel intérêt y a-t-il à les distinguer?

Les contrats *consensuels* peuvent être prouvés en justice, soit par acte authentique ou sous seing privé, soit par témoins, dans les cas où la loi ne défend point cette espèce de preuve, soit par des présomptions, soit enfin par le serment ou l'aveu des parties. — Que si un écrit est dressé, ce n'est pas pour former le contrat, car il est valable par le seul consentement des parties; c'est uni-

quement afin d'avoir une preuve plus sûre que la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu ou le serment. J'offre de vous vendre ma maison pour telle somme; vous acceptez : dès cet instant, et bien qu'aucun écrit ne soit dressé, alors même que personne n'a assisté à notre convention, la vente est conclue, le contrat existe. Il ne pourra point, il est vrai, être prouvé par écrit ou par témoins mais, si vous le niez, je recourrai à l'interrogatoire sur faits et articles : un juge expérimenté vous appellera devant lui, et vous arrachera peut-être, par des questions habilement faites, l'aveu que vous ne vouliez point faire (art. 324 et s., C. pr.). Enfin, il me restera toujours la ressource du serment.

Les contrats solennels, au contraire, ne peuvent être prouvés ni par acte sous seing privé, ni par témoins, ni par des présomptions, ni enfin par le serment, *ni même par l'aveu du débiteur*. Ce n'est qu'en rapportant un acte authentique, dressé selon les formes prescrites, qu'on peut en établir l'existence. Ainsi, celui qui, sans autre solennité, a promis sa maison, à titre de donation, peut impunément en faire l'aveu : « Oui, peut-il dire, j'ai fait cette promesse; mais elle n'est pas obligatoire, puisqu'elle n'a pas été faite en présence d'un notaire et selon les formes prescrites. »

Dans les contrats *solennels*, l'écriture n'est donc pas exigée seulement *ad probationem*, comme dans les contrats consensuels; elle constitue l'un des éléments essentiels du contrat, une *solennité* en l'absence de laquelle il ne peut pas se former.

A Rome, le droit commun en matière de contrats se formulait ainsi : *solus consensus non obligat*. On ne connaissait que quatre contrats consensuels : la vente, le louage, la société et le mandat.

Quels contrats sont solennels ?

L'exception romaine est devenue la règle sous notre Code. Le droit commun en matière de contrats se formule ainsi : *solus consensus obligat*. Tous les contrats sont donc *consensuels*, sauf exception. Le Code ne reconnaît que cinq contrats solennels : les contrats de *donation*, d'*hypothèque*, d'*adoption*, et les deux contrats de *mariage*, celui qui se fait chez le notaire et celui qui se fait chez le maire.

Qu'est-ce qu'un contrat réel ?

En quel sens le contrat de *prêt* est-il réel ?

1036. — *Contrats réels*. — Ce sont ceux qui, comme le *prêt à usage* et le *dépôt*, ne se forment que par le consentement des parties, accompagné de la tradition de la chose qui doit en faire l'objet (voy. les Form. 348, 593, 594 et 609). L'emprunteur a le droit de se servir de la chose prêtée, sous l'obligation de la *conserver* et de la rendre après qu'il en aura retiré l'usage convenu; ce droit et cette obligation supposent nécessairement que l'emprunteur détient la chose, qu'elle lui a été remise : le prêt à usage ne peut donc se former que par la tradition de la chose qui doit en faire l'objet.

La convention de prêter est-elle obligatoire en droit français ?

Remarquons, toutefois, que la *convention de prêter* est obligatoire : car, dans notre droit, *solus consensus obligat*. Je vous ai promis de vous prêter demain mon cheval : si demain je refuse de

vous le livrer, vous pourrez vous en faire mettre en possession *manu militari*, et, dans tous les cas, réclamer des dommages-intérêts. Mais cette convention n'est pas un contrat de *prêt*, c'est un contrat *innomé*. En droit romain, où l'on suivait la règle *solus consensus non obligat*, la convention de prêter n'était qu'un simple *pacte;* celui qui était convenu de prêter n'était pas obligé de réaliser le prêt.

L'était-elle en droit romain?

1037. — VI. *Des différentes choses qu'on doit distinguer dans un contrat.* — Pothier distingue : 1° les choses *essentielles;* 2° les choses *naturelles;* 3° les choses *accidentelles*.

Quelles sont les différentes choses que l'on distingue dans les contrats?

Choses essentielles. — Ces choses se subdivisent en choses essentielles à tout contrat et choses essentielles à certains contrats. Les choses essentielles à tout contrat sont celles dont l'absence rend le contrat *nul* ou *annulable*. Ce sont : 1° le consentement des parties ; 2° leur capacité ; 3° un objet certain ; 4° une cause licite.

Comment subdivise-t-on les choses essentielles?

Les choses essentielles à certains contrats sont celles en l'absence desquelles le contrat que les parties ont formé est un autre contrat que celui qu'elles ont déclaré former. Ainsi, il est de l'*essence* de la *vente* que le prix consiste en *argent*. Si les parties conviennent que le prix consistera en une autre chose, la convention qu'elles font n'est pas nulle ; mais ce n'est pas une *vente :* c'est un autre contrat, un contrat d'*échange*.

Qu'entend-on par choses essentielles à tout contrat?

Quelle différence y a-t-il entre elles et celles qui ne sont essentielles qu'à certains contrats?

Choses naturelles. — Ce sont celles qui sont comprises dans le contrat toutes les fois qu'elles n'en ont pas été exclues par une clause particulière ; en d'autres termes, ce sont les choses qui, étant dans les mœurs et les habitudes d'un contrat, y sont *tacitement* comprises, mais qu'on peut modifier ou rejeter par une clause expresse. Leur absence n'empêche point que le contrat que les parties ont déclaré former soit réellement ce contrat.

Qu'entend-on par choses *naturelles?*

Ainsi, la *garantie*, étant de la *nature* du contrat de vente, n'a pas besoin d'être expressément stipulée (art. 1626 et 1627) : elle est sous-entendue dans le contrat. Mais les parties peuvent l'exclure par une clause particulière, ce qui n'empêche point que la convention principale formée entre elles soit un véritable contrat de *vente*.

Choses accidentelles. — Ce sont celles qui, n'étant point dans les mœurs, dans les habitudes d'un contrat, n'y sont point sous-entendues, que la loi ne présume point, qui ne sont comprises dans le contrat qu'autant que les parties ont eu le soin de les y mettre par une clause expresse. Telle est, par exemple, dans la vente, la *non-garantie*. On peut, en effet, vendre aux risques et périls de l'acheteur ; mais la loi ne le présume point : les parties doivent s'expliquer formellement (art. 1627).

Par choses *accidentelles?*

CHAPITRE II. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

Art. 1108

Combien y a-t-il de conditions essentielles à tout contrat ?

Cette formule de la loi : « le consentement de la partie qui s'oblige, » est-elle exacte ?

1038. — Quatre conditions sont essentielles à la validité de tout contrat. Ce sont :

1° « Le consentement de la partie qui s'oblige. » — Quelques personnes critiquent cette formule. Il faut, disent-elles, la compléter, en ajoutant : *et de celle envers laquelle on s'oblige* : car il n'y a pas de contrat, même unilatéral, sans la volonté des deux parties. Cette critique ne me semble pas fondée. La loi, si je ne me trompe, dit précisément ce qu'on prétend qu'elle ne dit point. Le mot *consentement*, dont elle se sert, indique toujours, en effet, un concours de volontés. *Consentir*, c'est *adhérer* à une proposition qui nous est faite. Quand je veux tout seul, je ne *consens* point. Or, si le mot *consentement* est synonyme du mot *adhésion*, la formule de la loi est parfaitement juste. On peut la traduire ainsi : l'adhésion du futur débiteur à la proposition qui lui est faite par le futur créancier. — Mais, comme la proposition peut être faite soit par le futur débiteur, soit par le futur créancier, la loi eût été plus exacte dans sa formule si elle eût dit : « Le consentement du futur débiteur ou du futur créancier. »

2° « La capacité de contracter » (voy. les n^os^ 1086 et s.).

3° « Un objet certain qui forme la matière de l'engagement. » — Nous verrons, sous les n^os^ 1092 et suiv., quelles sont les choses qui peuvent faire la matière de l'engagement, et ce qu'il faut entendre par *objet certain*.

4° « Une cause licite de l'obligation » (voy. les n^os^ 1101 et s.).

Les conditions essentielles au contrat le sont-elles toutes de la même manière ?

— Les quatre conditions qui viennent d'être présentées comme étant essentielles à la validité du contrat ne le sont pas toutes de la même manière et avec la même force : l'absence absolue de *consentement*, le défaut d'*objet* ou de *cause*, rendent le contrat *nul*; le défaut de *capacité* le rend *annulable* seulement, du moins en général.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les contrats *nuls* des contrats *annulables* ?

Nous verrons, lorsque nous expliquerons l'art. 1304, combien sont importantes les différences par lesquelles les contrats *nuls* se séparent des contrats *annulables*.

SECTION I. — DU CONSENTEMENT.

Art. 1109.

Qu'entend-on par *vices* du consentement ?

Combien y en a-t-il ?

1039. — Le consentement de ceux qui sont naturellement capables de vouloir doit, pour les obliger efficacement, être exempt de *vices*. On entend par *vices* du consentement certains faits qui ne détruisent pas entièrement la volonté, mais qui la rendent imparfaite : tels sont, suivant l'art. 1109, l'*erreur*, la *violence* et le *dol*.

Il ne faut pas confondre le défaut absolu de consentement avec un consentement *vicieux*. Dans le premier cas, le contrat est *nul*; dans le second, il n'est qu'*annulable* (voy. l'expl. de l'art. 1304).

§ I. — *De l'erreur.*

Art. 1110.

1040. — L'erreur est une croyance qui n'est point conforme à la vérité. Tantôt elle rend le contrat *nul*, tantôt elle le rend *annulable* seulement. Dans certains cas, elle n'empêche point le contrat de valoir.

Qu'est-ce que l'erreur ?

Elle peut porter : 1° sur la nature de la convention ; 2° sur l'objet même de la convention ; 3° sur la substance ou les qualités substantielles de l'objet ; 4° sur ses qualités non substantielles ; 5° sur le motif de la convention ; 6° sur la personne avec laquelle on contracte.

Sur quoi peut-elle porter ?

1041. — 1° *Erreur sur la nature de la convention.* — Cette erreur se rencontre dans les cas où l'une des parties croit faire telle convention, et l'autre partie telle autre convention : par exemple, lorsque je crois recevoir *à titre de donation* le cheval que vous offrez de *me vendre*. Il n'y a point, dans cette hypothèse, *concours de volontés* : il existe, d'un côté, une offre qui n'a pas été acceptée ; de l'autre, l'acceptation d'une offre qui n'a pas été faite. Le consentement fait *absolument* défaut : dès lors le contrat est *nul*.

L'erreur sur la *nature de la convention* rend-elle le contrat *nul* ou *annulable* seulement ?

1042. — 2° *Erreur sur l'objet même de la convention.* — Cette erreur se rencontre lorsque l'une des parties a en vue tel objet, et l'autre partie tel autre objet : par exemple, lorsque je crois vendre ma maison A à Paul, qui croit acheter ma maison B. Dans cette hypothèse, comme dans la première, le concours des volontés n'existe point : il y a une proposition sans adhésion, et une adhésion sans proposition. Le consentement fait *absolument* défaut : dès lors le contrat est *nul*.

Quid, de l'erreur sur *l'objet* même de la convention ?

Ces deux premiers cas ne sont pas prévus par la loi : l'art. 1110 ne s'occupe que des *vices* du consentement.

1043. — 3° *Erreur sur la substance de l'objet.* — Il s'agit ici d'une erreur qui tombe, non pas sur l'*objet même* de la convention, *in ipsum corpus rei*, ce qui empêcherait le contrat de se former ; non pas sur les qualités *accidentelles* de l'objet, ce qui n'empêcherait aucunement le contrat de valoir, mais sur la *substance* de l'objet, ce qui rend le contrat *annulable*.

Quid, de l'erreur sur la *substance* de l'objet ?

La substance d'une chose est, en droit, ce sur quoi est intervenue la convention, la qualité *principale* que les parties ont eue en vue en contractant, qualité en l'absence de laquelle l'une d'elles n'eût point contracté ; en d'autres termes, *le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat*.

Qu'est-ce que la *substance* de l'objet ?

Une chose peut, dans un contrat, être envisagée principalement sous le rapport : 1° de sa matière ; 2° de la spécialité et de la réputation de l'ouvrier qui l'a confectionnée ; 3° du temps de sa création ; 4° de son origine ; 5° de la célébrité de la personne à laquelle elle a appartenu ; 6° de sa forme.

Je vous vends, moyennant 6 fr., la bague *en or* que je porte à mon doigt ; la bague est *de cuivre*. Nous sommes d'accord sur

la nature de la convention : j'ai entendu *vendre* et vous avez voulu *acheter;* d'accord sur l'objet : c'est bien la bague que j'ai au doigt que j'ai voulu vendre, et c'est cette même bague que vous avez voulu acquérir. Mais il y a erreur *sur la substance :* car la chose vendue a été envisagée principalement sous le rapport de *sa matière*, et cette qualité, qui a déterminé l'acheteur à contracter, n'existe point.

Je vous vends, moyennant la somme de 500 fr., cette bague *qui m'a été donnée par Napoléon;* Napoléon n'a jamais porté cette bague, et ce n'est pas de lui que je la tiens. Il y a erreur sur la substance : car la chose vendue a été principalement envisagée sous le rapport de la renommée de la personne à laquelle elle avait appartenu, et cette qualité, sur laquelle les parties ont contracté, sans laquelle l'acheteur n'eût pas acheté, n'existe point.

Je vous vends une médaille *antique;* elle est *moderne.* Il y a erreur sur la substance : car la chose a été envisagée dans le contrat sous le rapport de son *antiquité*, et cette qualité, sur laquelle les parties ont contracté, n'existe point.

Ces espèces font suffisamment comprendre la théorie de la loi.

Lorsque l'erreur n'a existé que chez l'une des parties, le contrat est-il annulable ?

1044. — J'ai toujours raisonné dans l'hypothèse d'une erreur *commune* aux deux parties, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une erreur qui a porté sur une qualité *dont il a été parlé au contrat.* Que décider donc si l'erreur n'a existé que chez l'une d'elles ? Un marchand vend une *médaille* à une personne qui est convaincue qu'elle est *grecque*, mais qui n'avertit point le vendeur de la croyance où elle est à cet égard. La médaille est *romaine*, le vendeur le sait, mais il n'en avertit point l'acheteur, précisément parce qu'il ignore la fausse croyance où se trouve ce dernier. Il y a donc erreur de la part de l'acheteur et bonne foi de la part du vendeur. Que décider dans ce cas? L'acheteur vient dire : « La médaille que vous m'avez vendue est *romaine;* or, j'ai cru, en l'achetant, qu'elle était *grecque.* Il y a eu erreur de ma part : je demande la nullité de la vente. » Doit-il être écouté?

J'admets l'affirmative : l'art. 1110 ne distingue pas entre le cas où l'erreur porte sur une qualité, *dont il a été parlé au contrat*, et l'hypothèse contraire. — Toutefois l'acheteur, étant en *faute*, ne pourra faire résoudre son contrat qu'à la charge par lui d'indemniser le vendeur du dommage qu'il aura pu lui causer (voy. à ce sujet les nos 1047 *in fine* et 1049 *bis*).

Quid, de l'erreur sur les qualités *non substantielles* de l'objet?

1045. — 4° *Erreur sur les qualités non substantielles.* — Les qualités non substantielles sont celles qui n'entrent qu'accessoirement dans le contrat. Vous me vendez une maison et vous affirmez qu'elle est *solide* et bien *distribuée;* elle n'est ni solidement construite ni bien distribuée : il y a erreur de ma part, mais cette erreur ne vicie pas le contrat, parce qu'elle ne porte que sur une qualité accessoire.

Quant à la question de savoir si la qualité sur laquelle a porté l'erreur est ou n'est pas substantielle, c'est un point abandonné

par la loi à l'appréciation des juges, qui auront à décider si c'est ou non principalement en vue de cette qualité que le contrat a été conclu.

Quid, de l'erreur sur le *motif* du contrat?

1046. — *Erreur sur le motif du contrat.* — Persuadé que mon cheval a péri dans l'incendie de ma maison, j'en achète un autre; le lendemain je retrouve celui que je croyais perdu. Il y a eu erreur de ma part, erreur sur *le motif* qui m'a porté à contracter ; mais, on le conçoit, si cette erreur devait amener l'annulation du contrat, le commerce serait absolument impossible (voy. les nos 1101 et 1103).

L'erreur sur le motif du contrat n'est-elle pas quelquefois une cause de nullité?

Toutefois, l'erreur sur le motif devient une cause de nullité lorsqu'elle est le résultat d'un dol pratiqué par l'autre partie. Ainsi, dans l'espèce précédente, je puis faire annuler la vente si j'établis que l'erreur dans laquelle j'étais m'a été inspirée par des machinations frauduleuses dont le marchand était lui-même l'auteur.—Il en est de même au cas où il est constant que les parties ont, d'un commun accord, subordonné la validité du contrat à la réalité du motif qui a déterminé l'une d'elles à le conclure (1).

Quid, de l'erreur sur la personne?

1047. — 6° *Erreur sur la personne.* — La loi distingue. Si la considération de la personne qu'avait en vue celle des parties qui attaque le contrat est entrée pour quelque chose dans la convention qu'elle a faite, en d'autres termes, si c'est par suite de la réputation, du talent..... de la personne avec laquelle elle croyait être en rapport, qu'elle a contracté, l'erreur dans laquelle elle est tombée rend le contrat annulable.—Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il est démontré que le contrat qu'elle attaque, elle l'eût fait avec quelque personne que ce fût, le contrat reste valable.

Lorsque le contrat est annulé pour cause d'erreur sur la personne, la partie qui l'a fait annuler n'est-elle pas obligée d'indemniser l'autre partie, dans le cas où le contrat a été exécuté par elle en tout ou en partie?

Si, croyant traiter avec Paul, qui est un peintre célèbre, je me trouve, par un concours de circonstances qui m'ont induit en erreur, avoir traité avec un autre peintre de même nom que celui que j'avais en vue, je puis, si je le veux, faire annuler le marché: car c'est en considération de la personne avec laquelle j'ai cru contracter que je l'ai conclu (2). Mais, bien entendu, si le peintre s'était déjà mis à l'œuvre, s'il avait de bonne foi terminé l'ouvrage que je lui avais commandé, je serais tenu de lui payer le prix de son travail : car, quiconque, par sa faute, cause un dommage, est tenu de le réparer (art. 1382 et 1383).

1048. — RÉSUMÉ :

Erreur sur	1° La nature de la convention.	Contrat *nul.*
	2° L'objet même de la convention.	
Erreur sur	1° La substance de l'objet.	Contrat *annulable.*
	2° Sur la personne, lorsque la considération de la personne que l'on avait en vue est entrée pour quelque chose dans le contrat.	

(1) *Voy.*, sur ce chef, ce que j'ai dit dans la *Revue pratique*, t. XV, p. 321-322, et t. XVI, p. 82, 93-95.

(2) On peut dire exactement qu'il y a là erreur sur la *substance* de la chose.

Erreur sur { 1° Les qualités non substantielles. 2° Le motif du contrat. 3° La personne, quand la considération de la personne que l'on avait en vue n'est entrée pour rien dans le contrat. } Contrat *valable.*

L'erreur *de droit* est-elle une cause de nullité ?

1049. — L'art. 1110 ne distingue point l'erreur *de droit* et l'erreur *de fait*. L'erreur de droit est donc, de même que l'erreur de fait, une cause de nullité.—On fait contre cette solution deux objections :

1° La preuve que la loi distingue, c'est qu'elle déclare positivement que l'*aveu judiciaire* et la *transaction*, qui sont rescindables pour cause d'erreur *de fait*, ne le sont point pour cause d'erreur *de droit* (art. 1356 et 2052). — Je réponds que, si la loi a cru devoir dire expressément que l'erreur de droit n'est pas, dans ces deux cas particuliers, une cause de rescision, c'est qu'évidemment il n'en est pas ainsi selon le droit commun. J'ajoute que ces deux dispositions, qui s'expliquent par des motifs particuliers, que j'indiquerai sous les art. 1356 et 2052, étant *exceptionnelles*, supposent nécessairement une règle contraire.

2° Personne n'est censé ignorer la loi : donc l'erreur *de droit* ne peut pas être invoquée en justice.—Je réponds que, si la règle *nemo censetur ignorare legem* est vraie et suivie *en droit criminel*, c'est que la loi impérieuse de l'ordre public exige qu'un accusé ne puisse pas se défendre en invoquant son ignorance de la loi ; mais qu'il n'existe aucun motif particulier de l'appliquer aux matières civiles ; qu'elle y serait même injuste, puisqu'elle dépouillerait ceux que la loi doit protéger le plus spécialement, les plus ignorants, et qu'enfin elle n'est écrite nulle part.

L'erreur due à *l'imprudence* de celui qui s'est trompé rend-elle annulable le contrat qu'elle entache ?

Quid, si la rescision réclamée doit, en ce cas, causer un dommage à l'autre partie ?

1049 *bis*. — Quand l'erreur est prouvée et qu'il est établi qu'elle a, selon la donnée de notre art. 1110, *vicié le consentement* du contractant qui s'est trompé, rien ne peut, en principe, s'opposer et ne s'oppose, en effet, à la rescision de l'acte qu'elle entache. Ainsi, qu'elle soit due à son *imprudence*, ou qu'elle ait été comme inévitable tant il était difficile de s'y soustraire, *il n'importe*. Les jurisconsultes romains paraissaient, il est vrai, admettre cette distinction, et, en conséquence, ne tenir aucun compte de l'erreur qu'ils jugeaient *inexcusable*. Tant pis, disaient-ils, pour celui qui s'est *grossièrement* trompé ; il n'a de reproches à adresser qu'à lui-même, puisqu'il lui était facile de découvrir la vérité... : *nec stultis solere succurri, sed errantibus* (1). Je dois ajouter qu'à prendre à la lettre l'art. 1299, notre Code aurait fait au cas qui y est prévu l'application de cette donnée. Mais, à supposer que cette disposition ait réellement le sens qu'elle paraît avoir, on devra évidemment la considérer comme une exception au droit commun, puisque partout où la loi traite de l'erreur elle s'exprime en termes généraux, sans distinguer jamais entre l'erreur *excusable* et celle qui ne l'est

(1) Paul, L. 9 § 5, D., *De juris et facti ignor.*

pas. Vouloir que l'erreur demeure irréparée, sous prétexte qu'un autre plus intelligent, plus instruit ou plus attentif que celui qui l'a commise, aurait su l'éviter, c'est prétendre que la loi a dû abandonner ceux-là mêmes qui ont le plus besoin de son secours. Je ne lui ferai pas l'injure de penser qu'elle s'est à ce point montrée inconséquente.

Un cas existe pourtant où, par exception, l'erreur, quoique substantielle, laisse subsistant l'acte où elle se trouve. On sait, en effet, que, si, d'une part, celui qui s'est trompé a droit à la rescision de l'acte qui lui préjudicie, il doit, d'autre part, *quand il a été imprudent* et que l'autre partie n'a rien fait qui puisse à bon droit lui être imputé, l'indemniser du dommage que lui cause l'annulation de l'acte sur lequel elle a compté (art. 1382 et 1383; voy. ci-dessus les nos 1044 et 1047). Or, il peut arriver que l'avantage qu'il poursuit et l'indemnité qu'il devra payer, à supposer sa demande admise, soient identiques et quant à leur objet et quant à leur étendue. En ce cas, la rescision qu'il réclamerait ne serait plus qu'un non-sens, puisque, après l'avoir obtenue, il serait obligé de rendre d'une main ce qu'il aurait reçu de l'autre. Partant, sa demande devrait être écartée par une fin de non-recevoir dont on trouverait le fondement dans ce principe de sens commun : *point d'intérêt, point d'action*. C'est par cette donnée que s'explique et se justifie la disposition contenue au deuxième alinéa de l'article 1377.

En fait, cette exception sera d'une application fort rare. Dans la plupart des cas, en effet, ou bien la rescision n'aura, quant au contractant qui la subira, d'autre résultat que de lui enlever *le bénéfice* sur lequel il avait compté, ou bien la perte qu'elle lui causera sera minime comparativement à l'avantage qu'en pourra tirer la partie trompée. Le plus souvent donc celle-ci aura un intérêt réel et légitime à la faire prononcer. Elle ne pourra, il est vrai, l'obtenir qu'à la charge par elle de réparer le dommage qu'elle causera à l'autre partie; mais, sous ce tempérament, son droit restera évident.

Ainsi, et pour nous résumer, que l'erreur qui a vicié le consentement de l'une des parties soit *grossière* ou *excusable*, il n'importe; qu'elle soit *dommageable* pour l'autre partie ou qu'elle ne le soit pas, il n'importe encore : en principe, l'acte qu'elle entache doit, dans tous les cas, être rescindé, sauf à la partie qui l'attaque à réparer, *si elle a été seule imprudente*, le dommage que la rescision qu'elle obtiendra pourra causer à celui qui la subira. Sa demande ne devra être écartée qu'autant que, par exception, le dommage qu'elle aurait à réparer, à supposer sa poursuite admise, serait, à tous égards, égal au bénéfice qu'elle réclamerait (1).

(1) *Voy.*, sur ce point de droit, ce que j'ai dit dans la *Revue pratique*, t. XVIII, p. 500 et s. Comp. t. XV, p. 312 et 313; 328 et s.; t. XVI, p. 84, 88 et 96.

§ II. — *De la violence.*

Art. 1111 et 1112.

1050. — La violence est une cause de nullité du contrat, parce qu'elle détruit la liberté et qu'elle empêche la réflexion, en inspirant la *crainte*. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la crainte n'anéantit point absolument la volonté. Sans doute, cette volonté est imparfaite, vicieuse, mais enfin c'est une volonté quelconque : car celui qui choisit entre deux choses qui lui répugnent veut et consent : *coacta voluntas est tamen voluntas*. La violence n'exclut donc point, à proprement parler, le consentement; elle en altère seulement l'essence. Il en résulte que le contrat consenti sous l'empire de la crainte est, non pas *nul*, mais seulement *annulable*.

Pourquoi la violence est-elle une cause de nullité?

Rend-elle le contrat *nul* ou *annulable* seulement?

Quand le rend-elle annulable?

En d'autres termes, à quels signes ou caractères distingue-t-on la violence qui vicie le consentement de celle qui ne le vicie point?

1051. — Quels devront être les caractères de la violence pour vicier le consentement? A quels signes reconnaîtra-t-on si elle a été assez grave pour priver de la liberté juridique?

La violence est jugée avoir ce caractère, et, par suite, elle est une cause de nullité du contrat, *lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une* PERSONNE RAISONNABLE.

Cette règle, si elle existait seule, serait injuste : car, on le conçoit, telle violence qui n'est pas suffisante pour intimider un homme d'une grande fermeté de caractère, peut inspirer une crainte légitime à une femme, à un vieillard. Aussi la loi en tempère-t-elle la rigueur, en donnant aux juges la faculté d'avoir « égard à l'*âge*, au *sexe* et à la *condition* de la personne qui a été violentée. »

— La violence est de nature à faire impression sur une personne raisonnable *lorsqu'elle est telle qu'elle a pu inspirer la crainte d'exposer sa personne ou ses biens à un mal* CONSIDÉRABLE ET PRÉSENT.

Considérable... — Ce mot doit être entendu *relativement :* car tel mal, qui est considérable pour telle personne, peut ne l'être pas pour telle autre.

Quid, si le mal dont on est menacé ne doit pas s'accomplir *sur-le-champ?*

Présent... — Cette expression ne doit pas être prise à la lettre. Autrement, il faudrait dire que la violence n'est suffisamment caractérisée qu'autant que le mal dont est menacée la personne violentée doit être réalisé *sur-le-champ, à l'instant même*. Or, une semblable idée est inadmissible. Il suffit, évidemment, que les menaces soient telles qu'elles puissent inspirer la *crainte présente* d'un mal considérable. Ainsi, personne ne doute qu'une menace d'incendie ne soit une violence suffisamment caractérisée, quoique l'effet en doive, par sa nature même, rester suspendu pendant un certain temps.

En résumé, la violence est une cause de nullité lorsqu'elle est de nature à inspirer à la personne qui la subit la crainte, *raisonnable quant à elle*, d'un mal considérable.

Art. 1113 et 1141.

1052. — Et il en est ainsi, non-seulement lorsque le mal dont

nous sommes menacé doit nous atteindre nous-même, mais encore lorsqu'il doit atteindre la personne ou les biens de notre *conjoint*, de nos *descendants* ou *ascendants*.

Quid, si le mal dont nous sommes menacés doit être accompli dans la personne ou les biens de notre conjoint, de nos ascendants ou de nos descendants?

La loi suppose que nous craignons autant pour notre *conjoint*, pour nos *descendants* ou *ascendants*, que pour nous-même. Mais cette présomption, comme toute autre présomption légale, doit être renfermée dans les limites que la loi a tracées ; or, la loi ne l'a établie que relativement à notre *conjoint* et à nos *descendants* ou *ascendants*.

Ce n'est pas, bien entendu, que la menace d'assassiner notre *frère*, notre *oncle*, notre *cousin*, d'incendier leurs biens, si nous n'accordons point ce qu'on exige de nous, ne puisse être jugée une violence suffisamment caractérisée ; mais les juges ont ici un certain pouvoir appréciateur qu'ils n'ont pas quand il s'agit de notre *conjoint*, de nos *enfants* ou de nos *ascendants*. J'explique ma pensée :

Quid, s'il doit être accompli dans la personne ou les biens de notre frère, de notre oncle ou de tout autre parent?

Quelqu'un m'offre d'acheter mon domaine, me menaçant, si je résiste, d'incendier la maison de mon *fils ;* je cède : il y a là une violence caractérisée, car je suis réputé craindre pour mon fils autant que pour moi-même. Le juge n'a point à rechercher si j'ai ou non de l'affection pour mon fils : fût-il démontré en fait que je n'ai que de l'inimitié pour lui, le juge ne doit tenir aucun compte de cette circonstance. — On me fait la même proposition, avec menace, si je n'accepte point, d'incendier la maison de mon *oncle :* y a-t-il là une violence caractérisée ? La question doit être résolue en fait : affirmativement, s'il est établi que j'ai toujours vécu avec mon oncle dans de bonnes relations, que nous sommes unis non-seulement par les liens du sang, mais encore par une très-vive affection ; négativement, s'il est, au contraire, démontré que je n'ai eu avec lui que de mauvais rapports, qu'il existe entre nous des causes d'inimitié... Tout dépend des circonstances.

La crainte révérentielle que nous inspirent nos ascendants rend-elle annulables les contrats que nous faisons avec eux?

1053. — La crainte révérentielle que nous inspirent nos ascendants n'est pas une cause de nullité des contrats que nous faisons avec eux. Mais, si à cette crainte révérentielle se joint quelque menace, la convention peut être annulée, lors même que cette menace ne constitue pas une violence caractérisée d'après l'article 1112 (arg. tiré du mot *seule* employé dans l'art. 1114).

Etant exposé à un danger imminent, j'appelle à mon secours une personne et lui promets une somme considérable si elle parvient à me sauver : ma promesse est-elle *annulable?* Est-elle *réductible*

1054. — La violence qui *n'a pas eu pour objet* de faire contracter l'obligation, mais qui en a été la cause, la rend-elle annulable? Ainsi, étant exposé à un grand danger, j'appelle à mon secours une personne, et je lui promets une somme considérable si elle parvient à me retirer du péril imminent qui me presse : ma promesse est-elle *annulable?* Je ne le pense point. Mais n'est-elle pas au moins *réductible?* Je ne le pense pas non plus. Je ne vois, en effet, dans notre Code, aucun principe sur lequel on puisse se fonder pour justifier cette réduction. On ne peut s'appuyer ni sur la violence, car, dans l'espèce, le débiteur a contracté non comme *vio-*

lenté, mais, au contraire, pour se défendre contre la violence ; ni sur la lésion, car, dans notre droit, la lésion, en principe, n'est pas une cause de rescision des conventions (art. 1118).

On peut, toutefois, lorsque la somme promise est exagérée, proposer une échappatoire. Les juges peuvent, en effet, décider en fait que le promettant a été sous l'empire d'une folie accidentelle et momentanée, que sa volonté a été obscurcie et troublée par l'effet de la peur, et, après avoir annulé la convention pour cette cause, évaluer, d'après les principes généraux de la gestion d'affaires, l'indemnité que le créancier peut légitimement réclamer (M. Val.).

§ III. — *Du dol.*

Art. 1116.

Qu'est-ce que le dol ?

N'est-ce pas parce qu'il inspire l'erreur qu'il est une cause de nullité ?

Dès lors, qu'était-il besoin de le distinguer de l'erreur ?

1055. — On entend par *dol* toute ruse, toute machination ou manœuvre, employée pour tromper quelqu'un. Le dol consiste donc à faire tomber quelqu'un dans l'*erreur*. Dès lors on peut se demander pourquoi la loi distingue le *dol* de l'*erreur*. Si l'erreur *casuelle*, c'est-à-dire celle dans laquelle l'une des parties est tombée d'elle-même, est une cause de nullité, à bien plus forte raison doit-il en être de même de celle dans laquelle elle est tombée par suite des machinations frauduleuses employées contre elle ! Le *dol*, peut-on dire, fait donc double emploi avec l'*erreur* ! Il n'en est rien cependant. L'erreur que le dol engendre peut, en effet, vicier le consentement en des cas où l'erreur *casuelle* le laisse valable. Ainsi, tandis que la première rend le contrat annulable même au cas où elle ne porte que sur le *motif* qui nous détermine à contracter, la seconde, dans la même hypothèse, ne l'empêche pas de valoir (voyez les nos 1046 et 1063).

1056. — Le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'il réunit les caractères déterminés par la loi. Il faut :

Dans quel cas le dol est-il une cause de nullité ?

Qu'est-ce que le dol *principal* ?

Le dol *incident* ?

1° *Qu'il soit évident que sans lui la partie qui attaque le contrat n'eût point contracté.* — Nous trouvons là la trace d'une distinction qui est rapportée par nos anciens auteurs. On distinguait autrefois le *dol principal* et le *dol incident*. Le *dol principal*, dit Pothier, est celui qui *fait naître* chez l'une des parties l'*idée de contracter ;* c'est toute machination employée pour déterminer à contracter une personne qui n'y songeait pas et qui ne contracterait point sans les machinations qui ont été employées pour la tromper. — Le *dol incident* est celui qui est pratiqué dans le cours d'une négociation déjà entamée, qui a pour objet non pas de faire naître chez l'une des parties l'idée de contracter, mais seulement de l'amener à accepter des conditions auxquelles elle ne souscrirait point si elle n'était point trompée.

Le dol *incident* est-il une cause de nullité ?

Quel effet produit-il ?

Le dol *principal* est le seul qui soit une cause de nullité. Le dol *incident* ne rend point la convention annulable ; il donne seulement ouverture à une action en dommages-intérêts ou diminution de prix contre la partie qui s'en rend coupable. Cette action est

fondée sur ce principe de droit commun : « Quiconque, par sa faute, cause du dommage à autrui, doit le réparer » (art. 1382).

N'est-il pas quelquefois une cause de nullité ?

Toutefois, le dol incident devient lui-même une cause d'annulation du contrat lorsqu'il est démontré que l'une des parties eût, sans les machinations pratiquées contre elle, découvert certaines circonstances qui l'auraient détournée de l'intention où elle était de contracter.

La loi ne tolère-t-elle point un certain dol ?

1057. — Il ne faut pas confondre avec le dol incident les affirmations par lesquelles un vendeur exalte la valeur de sa marchandise. Ces vanteries habituelles ne trompent personne : l'acheteur les connaît d'avance ; c'est à lui à ne pas se laisser sottement tromper.

Ainsi, trois espèces de dols : 1° le dol *principal*, qui rend la convention annulable ; 2° le dol *incident*, qui la laisse subsister, mais qui donne lieu à des dommages et intérêts ; 3° le dol *autorisé*, ou du moins souffert par la loi, et qui ne donne lieu ni à la nullité du contrat ni à une action en dommages et intérêts.

Quand le dol principal est-il une cause de nullité ? *Quid*, s'il a été pratiqué par une personne autre que celle avec laquelle on a contracté ?

1058. — 2° *Qu'il ait été pratiqué par la personne même avec laquelle on a contracté.* — Il ne suffit pas que le dol soit principal ; il faut encore que la personne avec laquelle on a contracté en soit l'auteur. S'il a été pratiqué par un tiers, et à l'insu de la partie qui en a profité, le contrat tient et produit ses effets entre les parties contractantes, sauf à celle qui a été trompée à recourir en dommages et intérêts contre l'auteur du dol.

Quelle différence y a-t-il entre la violence et le dol ?

Lors donc que je demande la rescision du contrat pour cause de dol, je dois prouver : 1° l'existence des machinations dont je me plains ; 2° qu'elles ont été pratiquées par la personne avec laquelle j'ai contracté. — Il n'en est pas de même lorsque je la demande pour cause de violence. Il me suffit alors de prouver qu'elle existe : car, aux termes de l'art. 1111, elle est une cause de nullité, *encore qu'elle ait été pratiquée par un tiers.*

D'où vient cette différence ? — On l'explique ainsi :

Quelles sont les raisons de cette différence ?

Ceux qui se rendent coupables de violence sont passibles de peines extrêmement graves. Aussi prennent-ils toutes leurs précautions pour ne pas être découverts : c'est pendant la nuit, ou le jour avec un masque sur le visage, ou par lettres anonymes, que la violence s'exerce. D'un autre côté, ceux qui s'exposent ainsi à des peines criminelles n'ont ordinairement rien à perdre : le plus souvent ce sont des personnes insolvables. Si donc la rescision du contrat n'eût été admissible qu'à la charge par le demandeur de prouver que la violence a été exercée par la personne même avec laquelle il a contracté, cette preuve étant extrêmement difficile, l'action en rescision eût été le plus souvent illusoire. — L'action en dommages et intérêts contre les tiers, auteurs de la violence, n'eût pas été plus utile. En effet, de deux choses l'une : ou le demandeur n'aurait pas pu les découvrir, ou, s'il y fût parvenu, il n'eût, le plus souvent, découvert qu'une personne insolvable.

Les mêmes motifs ne se rencontrent pas dans le cas de dol. Et

d'abord, il sera toujours facile d'en reconnaître l'auteur. D'une part, celui qui le pratique a dû nécessairement se mettre en rapport avec moi, et, d'autre part, les peines auxquelles il s'expose étant peu graves, il n'a pas un intérêt marqué à ne pas se faire connaître. En outre, lorsque l'auteur du dol est un tiers, l'action en dommages et intérêts ne sera pas, comme en cas de violence, le plus souvent inefficace : car les hommes, même les plus solvables, se laissent souvent entraîner à des machinations frauduleuses, lorsque ces machinations, en les supposant prouvées, ne doivent aboutir qu'à des peines pécuniaires.

On ne peut d'ailleurs rien reprocher à celle des parties qui a subi une violence caractérisée. Celle qui s'est laissé tromper est, au contraire, en faute : elle aurait pu, en effet, si elle eût été plus prudente, éviter le piége dans lequel elle est tombée. Il ne faut pas que la partie qui est innocente des machinations dont se plaint le demandeur soit trompée dans l'attente légitime qu'elle a conçue : elle a cru faire un contrat valable; l'équité demande que ce contrat soit maintenu.

Est-ce au débiteur à prouver que le contrat est entaché de dol, ou au créancier à prouver qu'il en est exempt ?

1059. — Les faits exceptionnels ne se présument point; or, la bonne foi étant le fait le plus habituel dans les contrats, la loi a dû poser en principe que le dol ne se présume point : c'est donc à celui qui s'en plaint à l'établir.

Art. 1115 et 1117.

Les contrats entachés de violence sont-ils *nuls* ou *annulables?*

Ce que l'art. 1115 dit de la violence n'est-il pas également vrai de l'erreur et du dol ?

Dès lors, à quoi sert-il ?

1060. — Les contrats qui sont le résultat de l'erreur, de la violence ou du dol, sont tous de la même famille : ce sont des contrats non pas *nuls*, mais *annulables* seulement. Telle est la règle posée dans l'art. 1117. Dès lors, on a de la peine à comprendre pourquoi la loi prend soin de nous dire d'une manière *toute spéciale*, dans l'art. 1115, que le contrat qui est le résultat de la *violence* appartient à la classe des contrats *annulables*, et qu'ainsi il est susceptible de *ratification*. Evidemment, cet article est inutile, puisque ce qu'il dit de la *violence* est également applicable à l'*erreur* et au *dol* (art. 1117, 1304 et 1338). — Pothier, qui considérait comme *nul* le contrat infecté d'*erreur*, faisait remarquer, quand il traitait de la *violence*, que le contrat qu'elle entachait n'était qu'*annulable* : les rédacteurs du Code ont reproduit cette remarque, sans prendre garde qu'elle était inutile puisqu'ils mettaient sur la même ligne l'erreur, la violence et le dol.

§ IV. — *De la lésion.*

Art. 1118.

Qu'est-ce que la lésion ?

Est-elle une cause de nullité ?

Pourquoi ne l'est-elle pas?

Ne l'est-elle pas dans certains contrats?

Et à l'égard de certaines personnes ?

1061. — La lésion est le préjudice qu'éprouve l'une des parties dans un contrat à titre onéreux.

En principe, elle n'est point, *si énorme qu'elle soit*, une cause de rescision du contrat. La partie qui l'a soufferte est en faute; c'était à elle à bien réfléchir avant de s'engager.

Par exception, la lésion est considérée comme une cause de rescision « dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes. »

Dans certains contrats... Ils sont fort peu nombreux. On en cite deux seulement, savoir :

1° *La vente d'un immeuble :* encore faut-il, d'une part, que la lésion soit *de plus* des sept douzièmes, et, d'autre part, qu'elle soit éprouvée par le vendeur (voy. l'expl. des art. 1674 et s.);

2° *Le partage*, quand la lésion est de plus du quart (art. 887).

La partie qui attaque un contrat pour cause de lésion n'a qu'une chose à prouver, l'existence du préjudice dont elle se plaint. Ainsi, un contrat peut être rescindé pour cette cause, alors même qu'il est exempt d'erreur, de dol ou de violence.

Et à l'égard de certaines personnes... C'est-à-dire à l'égard des mineurs. Quant à eux, tous les contrats, ventes de meubles ou d'immeubles, partages, échanges..., sont rescindables pour cause de lésion, si faible que soit le préjudice éprouvé (art. 1305).

§ V. — *De la nature des actions en nullité ou rescision pour cause d'erreur, de violence, de dol ou de lésion.*

Les actions en nullité ou en rescision pour cause d'*erreur*, de *violence* ou de *dol*, sont-elles *réelles* ou *personnelles*? Quel est l'intérêt de cette question?

1062.—Ces actions sont-elles *réelles* ou *personnelles?* On comprend l'intérêt de la question. Si elles sont *réelles*, elles sont opposables non-seulement à la partie qui a figuré au contrat et à ses héritiers ou successeurs universels, mais encore à ses successeurs particuliers; si, au contraire, elles sont *personnelles*, elles ne sont opposables qu'à celui qui a figuré au contrat et à ses successeurs universels. Je prends une espèce. Je vous ai, contraint et forcé par la violence, vendu une maison; j'obtiens contre vous un jugement de rescision : reprendrai-je ma maison libre des hypothèques dont elle est grevée de votre chef? Si vous l'avez vendue, pourrai-je la revendiquer contre le tiers-acheteur qui la possède? La réponse sera affirmative si l'action est *réelle*, négative si elle est *personnelle*.

Je crois qu'il faut, sans hésiter, décider qu'en général l'action en nullité ou rescision est *réelle*. Cela n'est point douteux en ce qui touche l'action en rescision pour cause de lésion : la loi le dit implicitement dans l'art. 1681. Quant aux actions en nullité pour cause d'erreur, de violence ou de dol, nous ne trouvons rien dans la loi qui justifie notre décision. Mais nous pouvons, à défaut d'un texte, l'établir par la force même des principes. Le contrat entaché d'erreur, de violence ou de dol, étant *annulable*, ne peut pas produire des effets *valables*, je veux dire des effets définitifs, irrévocables. Or, si la partie qui a contracté avec moi n'a acquis, sur la chose qui a fait l'objet du contrat, que des droits *révocables*, elle n'a pas pu transmettre des droits *irrévocables* aux tiers qui ont ensuite traité avec elle sur le même objet : on ne transmet que les droits *qu'on a et tels qu'on les a* (art. 2125 et 2182) (1).

(1) D'après l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855, les jugements qui prononcent

N'est-elle pas controversée en ce qui touche l'action en rescision pour cause de dol ?

1063. — Cependant, en ce qui touche l'action en nullité pour cause de *dol*, quelques personnes n'admettent point ce système: suivant elles, cette action est *personnelle*. Elles raisonnent ainsi :

Comment raisonnent ceux qui soutiennent qu'elle est personnelle ?

Le dol n'est une cause de nullité du contrat que parce qu'il inspire l'*erreur*. Il s'agit ici de l'erreur qui, suivant l'art. 1110, ne serait point *un vice* du consentement, c'est-à-dire de celle qui porte soit sur des qualités *non substantielles* de l'objet, soit sur le *motif* du contrat (voy. les nos 1045 et 1046).

Si le dol n'est point un *vice* du *consentement*, le contrat qui en est entaché est *valable*. Donc, l'auteur du dol, bien que coupable, acquiert, sur la chose qui a fait l'objet de la convention, le même droit que lui aurait transmis le contrat s'il n'eût point été entaché de dol, c'est-à-dire un droit définitif et irrévocable.

Toutefois le dol qu'il a commis a causé un préjudice à l'autre partie; or, quiconque, par sa faute, cause un dommage à autru est obligé de le réparer. La réparation la plus naturelle consiste dans l'annulation du contrat : c'est, en effet, celle-là que la loi accorde à celle des parties qui a été trompée.

Ainsi, l'auteur du dol devient propriétaire de la chose qui a fait l'objet du contrat, sous l'obligation *personnelle* de réparer (par l'annulation du contrat) le dommage qu'il a causé à l'autre partie. Aliène-t-il cette chose : le sous-acquéreur acquiert le droit dont il était investi; mais, comme il n'est point coupable du dol qui a été commis, et que les successeurs particuliers ne succèdent point aux obligations personnelles de leur auteur, il conserve le droit qui lui a été transmis.

En d'autres termes, l'action en nullité pour cause de dol n'est autre chose qu'une action en dommages et intérêts, fondée sur une obligation qui est essentiellement personnelle à l'auteur du dol, l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé : elle ne peut donc être exercée que contre la personne obligée à cette réparation, c'est-à-dire contre l'auteur du dol et ses successeurs universels. Ce qui prouve bien que le dol ne produit que des effets *relatifs*, que l'action qui en résulte ne peut être exercée que contre la personne qui l'a pratiqué, c'est que la loi tient le contrat pour valable entre les parties lorsque le dol dont il a été entaché a été pratiqué *par un tiers*. Le Code, qui maintient dans tous les droits qu'elle a cru légitimement acquérir la partie qui a contracté loyalement, n'a pas pu, c'eût été une trop grosse inconséquence, retirer au sous-acquéreur qui a traité de bonne foi avec la partie qui s'est rendue coupable d'un dol, les droits qu'il tient d'elle.

Quel argument fait-

1064. — Cette théorie est sans doute forte ingénieuse; mais, en

la nullité d'un contrat dont l'acte a été *transcrit* doivent, dans le mois, à dater du jour où ils ont acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionnés en marge de la transcription. — L'avoué qui a obtenu le jugement est tenu, sous peine de 100 fr. d'amende, de faire opérer cette insertion. L'inobservation de cette formalité n'a, au reste, aucune sanction autre que l'amende dont je viens de parler.

définitive, elle n'est pas fondée. Elle repose tout entière sur cette idée que le dol, bien que pratiqué par l'une des parties, *n'est pas un vice du consentement;* or, la loi dit positivement le contraire (art. 1109). On répond que ce n'est qu'un argument de texte. Je le reconnais; mais cet argument est décisif. Comment prétendre, en effet, que le dol *ne vicie point le consentement*, lorsque la loi prend soin de dire expressément « qu'il n'y a point de consentement valable... si le consentement a été surpris par dol? » Or, à quel titre le consentement que la loi déclare imparfait et annulable produirait-il, selon la loi, des effets valables, définitifs, irrévocables (1)?

on pour prouver qu'elle est réelle?

§ VI. — *Des promesses et des stipulations pour autrui.*

21° *Répétition.*

Art. 1119.

Les mandataires peuvent-ils promettre et stipuler pour leurs mandants?

Les obligations ou les créances qui naissent des contrats qu'ils font avec les tiers naissent-elles dans la personne du mandant?

Ils peuvent donc l'obliger envers les tiers, et réciproquement obliger les tiers envers lui?

1065. — *Primus*, qui a été chargé par *Secundus* d'acheter la maison A, s'adresse au propriétaire de cette maison, et lui dit : « Je vous offre d'acheter votre maison, au nom et pour le compte de *Secundus*, dont je suis le mandataire. » La vente se conclut. Que s'est-il passé? *En fait*, c'est *Primus*, le mandataire, qui a promis et stipulé. *En droit*, c'est *Secundus*, le mandant, qui est le véritable promettant, le véritable stipulant : le mandataire n'a été que son instrument; il s'est servi de lui pour contracter, il a parlé par sa bouche. Dès que le contrat est conclu, le mandataire s'efface, disparaît. Tous les effets légaux du contrat se réalisent activement et passivement dans la personne du mandant. C'est lui qui est propriétaire de la chose qui a fait l'objet du contrat, c'est lui qui est débiteur du prix.

Ainsi, *un mandataire peut valablement promettre ou stipuler* AU NOM ET POUR LE COMPTE DE SON MANDANT, c'est-à-dire l'obliger envers les tiers ou obliger les tiers envers lui (voy., au t. III, les nos 1084 et s.).

Les gérants d'affaires peuvent-ils promettre et stipuler pour le compte du maître?

— Une maison appartenant à *Primus* a été, pendant son absence, fortement endommagée; elle va tomber si elle n'est promptement réparée. *Secundus*, qui est l'ami de *Primus*, s'adresse à un maçon : « La maison de *Primus*, lui dit-il, est en mauvais état; faites les réparations nécessaires à sa conservation, et *Primus*, au nom et pour le compte duquel je parle, vous paiera telle somme. » Le marché est conclu. — Nous trouvons là les éléments de la gestion d'affaires. *Secundus* s'est constitué, de son propre chef, le représentant de *Primus*. Or, lorsqu'une affaire a été *utilement gérée*, l'utilité de la gestion équivaut à mandat. La loi donne, en quelque sorte, à chacun de nous, mandat de gérer *utilement* les affaires d'autrui. Tous les effets du contrat fait par le gérant d'affaires se réalisent donc activement et passivement dans la personne du maître (2) : c'est lui qui devra payer la somme promise en son

(1) MM. Dur., t. X, no 180; Demol., *Traité des contrats*, t. I, no 190. — *Contrà*, MM. Val.; Marc., art. 1116.

(2) On appelle *maître* celui dont l'affaire a été gérée.

nom; c'est à lui et à lui seul qu'appartiendra l'action en dommages et intérêts contre l'ouvrier, si ce dernier manque d'exécuter son obligation (voy. les nos 1663 et 1666).

Ainsi, le *gérant d'affaires peut valablement promettre et stipuler pour le compte d'un tiers.*

Quelles sont les propositions contenues dans l'art. 1119?

1066. — Ces principes étant connus, abordons l'explication de l'art. 1119. Cet article est ainsi conçu : « On ne peut, en général, *s'engager* ni *stipuler* EN SON PROPRE NOM que pour soi-même. » Étudions successivement ces deux propositions :

Est-il vrai qu'on ne puisse pas *s'engager* en son propre nom pour autrui?

1re *proposition.* « On ne peut, en général, *s'engager* en son propre nom que pour soi-même. » — Ce mot *s'engager* est mal choisi. En effet, on peut s'engager en son propre nom pour autrui : c'est ainsi, par exemple, que la caution s'engage, s'oblige, en son propre nom, pour le débiteur.

Par quel mot faut-il donc remplacer le mot *s'engager*?

Les expressions : promettre *en son propre nom* le fait d'un *tiers*, n'impliquent-elles point contradiction?

Le Code a voulu dire, mais il l'a mal exprimé, qu'on ne peut, *en son propre nom*, promettre que son fait; en d'autres termes, qu'on ne peut pas, *en son propre nom*, promettre le fait d'autrui, *obliger un tiers.*

Mais comment pourrait-on promettre *en son propre nom* le fait d'un tiers? C'est ce que je n'ai jamais compris. L'hypothèse est impossible en droit et en fait.

En droit... — En effet, promettre en son *propre nom*, c'est agir pour son propre compte, c'est faire sa propre affaire; promettre le *fait d'autrui*, c'est agir pour un autre, c'est faire l'affaire d'autrui. Promettre en son *propre nom* le fait d'autrui est donc une hypothèse qui implique contradiction, puisqu'elle comprend deux idées qui s'excluent.

En fait... — Comment puis-je, en effet, promettre le fait d'un tiers sans désigner le nom de la personne que je veux obliger? Puis-je donc vous promettre que *Titius* vous donnera 1,000 fr. sans désigner *Titius*, sans parler *en son nom?* Il est vrai que je me fais connaître également, que je signe au contrat; mais n'en est-il pas de même lorsque je traite comme mandataire ou gérant d'affaires? Donc, toutes les fois que je promets le fait d'un tiers, je parle au nom de ce tiers.

Qu'a donc voulu dire la loi?

Comment concilier la règle qu'on ne peut pas promettre pour autrui avec le principe que les mandataires et les gérants d'affaires peuvent promettre pour leur mandant ou pour le maître?

1067. — Qu'a donc voulu dire la loi? En vérité, je ne le sais point. Les mots *en son propre nom* n'ont pour moi aucun sens. La formule de Pothier est bien préférable : « On ne peut, dit-il, promettre que pour soi; on ne peut pas promettre le fait d'autrui. » C'est là probablement ce qu'a voulu dire la loi.

Mais alors comment concilier cette prohibition avec le principe que le gérant d'affaires peut obliger le maître? Est-ce que le gérant ne promet pas le fait d'un tiers? et ce tiers n'est-il pas obligé par suite de cette promesse? Que devient donc la prohibition de l'article 1119? — En droit romain, le principe qu'on ne peut pas obliger autrui était vrai d'une manière absolue : le gérant d'affaires (ni le mandataire) n'obligeait point le maître envers les tiers avec lesquels il traitait. C'est lui, gérant, qui était seul obligé, lui qui

était soumis à l'action du créancier, sauf, bien entendu, son recours contre le maître. Dans ce système, on le conçoit, il était vrai de dire : *on ne peut promettre que pour soi ;* on ne peut, en contractant, *obliger que soi-même.*

Le Code a reproduit la même théorie ; il l'a reproduite dans les mêmes termes, sans prendre garde qu'ainsi formulée, elle était trop absolue dans notre droit, où les mandataires et gérants d'affaires peuvent, par les conventions qu'ils font, obliger le mandant ou le maître envers les tiers avec lesquels ils contractent (voy. le n° 1065).

Il fallait dire, pour parler juste : « On ne peut point, par les contrats qu'on fait soi-même, obliger ceux dont on n'est ni le mandataire ni le gérant d'affaires.

Comment, en résumé, faut-il formuler la règle de l'art. 1119 ?

Ainsi, tout le système se résume en cette idée : il n'est point permis, à moins qu'on n'ait mandat à cet effet, de faire pour une personne une promesse que son intérêt bien entendu n'exige point qu'on fasse pour elle.

Je vous promets que *Titius* fera pour vous telle chose moyennant telle somme. Cette convention est-elle utile à *Titius :* nous tombons dans l'hypothèse de la gestion d'affaires, la convention est valable, *Titius* est obligé. Est-elle, au contraire, étrangère à son intérêt : nous tombons alors dans l'hypothèse de la prohibition de l'art. 1119, la convention est nulle. *Titius* n'est pas obligé : car il n'est pas en mon pouvoir, cela est plus qu'évident, d'obliger un tiers sans son consentement et sans profit pour lui. Je ne le suis pas non plus : car ce n'est pas mon fait, mais le fait d'un autre, que j'ai promis.

Dans quel cas peut-on, par sa promesse, obliger un tiers ?

1068. — En résumé, je puis obliger un tiers : 1° toutes les fois que j'ai reçu mandat à cet effet ; 2° même à son insu, toutes les fois que l'engagement que je prends pour lui est évidemment utile à ses intérêts. Hors de ces deux cas, je ne le puis pas.

Art. 1120.

Peut-on valablement se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ?

Qu'est-ce que se porter fort pour un tiers ?

N'est-ce pas s'obliger soi-même ?

A quoi s'engage-t-on alors ?

1069. — Toutefois, la promesse que je fais pour un tiers peut être ratifiée par lui (voy. les Form. 353 et 506), et alors la ratification équivaut au mandat qui a manqué dans le principe. Bien plus, quoique je ne puisse pas valablement promettre le fait d'un tiers, en ce sens que je ne puis pas le rendre *débiteur de ce fait*, je puis néanmoins promettre personnellement *la ratification de la promesse que je fais pour lui* : c'est ce que l'art. 1120 appelle *se porter fort pour un tiers.*

Me porter fort, c'est promettre de faire ratifier, par le tiers au nom duquel je parle, la promesse que je fais pour lui ; c'est m'engager personnellement à déterminer le tiers à contracter l'obligation promise : ainsi, c'est promettre un fait qui m'est personnel, qui n'a rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, et qui, par conséquent, peut faire l'objet d'une convention obligatoire. Par exemple, lorsque je vous promets que Titius réparera votre maison, et que je me porte fort pour lui, c'est vous dire : « Je m'engage à vous procurer l'obligation de Titius ; je m'arrangerai

de manière à le déterminer à prendre envers vous l'engagement que je vous promets. » Si Titius refuse de contracter envers vous l'engagement que je vous ai promis, mon obligation, comme toute autre obligation de faire, se résout en dommages et intérêts. Je dois vous indemniser, puisque je ne vous ai point procuré ce que je vous avais promis.

Quelle est la sanction de cette obligation ?

On peut même, en se portant fort, fixer à l'avance par une clause pénale, afin d'éviter les difficultés de l'évaluation, le montant des dommages-intérêts que je devrai payer si le tiers dont j'ai promis le fait ne donne point sa ratification.

Ne peut-on pas joindre une clause pénale à la promesse par laquelle on se porte fort ?

Remarquons enfin qu'en général, lorsqu'on promet le fait d'autrui, et surtout lorsqu'on le promet avec certaines solennités, par exemple si l'on dresse un acte authentique, nous devons facilement en induire que celui qui a fait la promesse a, *bien que cela ne soit pas exprimé dans l'acte*, entendu s'obliger, c'est-à-dire se porter fort. C'est, en effet, le cas d'appliquer l'excellente règle suivant laquelle on doit plutôt interpréter une convention dans le sens avec lequel elle peut produire un effet, que dans celui avec lequel elle n'en peut produire aucun (art. 1157) (1). — Par là, se trouve presque entièrement effacée la prohibition de l'art. 1119.

Ne doit-on pas, en général, présumer que celui qui a promis le fait d'autrui a entendu se porter fort ?

— Celui qui se porte fort s'oblige seulement à faire *ratifier;* il ne s'oblige pas à faire *exécuter*. Il remplit donc son engagement en procurant au stipulant l'obligation du tiers dont le fait a été promis. Il peut cependant, rien ne s'y oppose, promettre tout à la fois la *ratification* et l'*exécution*, auquel cas il n'est libéré qu'autant que le tiers a ratifié et exécuté l'engagement qu'on a pris pour lui.

Celui qui s'est porté fort est-il garant de l'*exécution* de l'obligation contractée par celui dont il a promis le fait ?

1070. — 2e *proposition*. — « On ne peut, en général, stipuler en son propre nom que pour soi-même. » — Nous avons vu que le mandataire peut stipuler au nom de son mandant, et que les créances qui naissent de ces stipulations appartiennent directement au mandant, qui est réputé avoir stipulé lui-même. Nous en disons autant du gérant d'affaires : il représente le maître au nom duquel il parle, et c'est dans la personne de ce dernier que naissent les créances qu'engendrent les stipulations faites en son nom (voy. le n° 1065).

Le mandataire peut stipuler pour son mandant, le gérant d'affaires pour le maître : quel est donc le sens de la règle qu'on ne peut pas stipuler en son propre nom pour autrui ?

Ainsi, on peut stipuler pour autrui, soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires.

Quelle est donc la stipulation que prohibe notre art. 1119? quelle hypothèse prévoit-il? Une hypothèse vraiment bizarre, qui, peut-être, ne s'est jamais présentée dans la pratique.

Stipuler, c'est se faire promettre, c'est agir pour obliger quelqu'un. Stipuler *en son propre nom*, c'est agir, non pas pour le compte d'autrui, comme mandataire ou comme gérant d'affaires, mais *pour son propre compte* : c'est vouloir acquérir une créance

(1) MM. Val.; Marc., art. 1120. — *Contrà*, MM. Toull., t. VI, n° 135; Dur., t. X, n° 209.

pour soi-même. Stipuler *en son propre nom pour autrui*, c'est vouloir obliger quelqu'un *envers soi*, mais *dans l'intérêt d'un tiers;* c'est, en d'autres termes, vouloir acquérir une créance dont le bénéfice, le résultat, sera non pas pour nous, mais pour un autre. Exemple. Je stipule de vous que vous bâtirez la maison de *Titius*, et j'ajoute : « C'est envers moi que vous serez obligé; c'est à moi qu'appartiendra la créance, le droit d'exiger l'accomplissement de votre promesse. »

Comment faut-il traduire cette règle?

J'ai stipulé, dans l'espèce, en mon propre nom, afin d'acquérir une créance pour moi-même; mais la créance que j'ai voulu acquérir ne m'intéresse point : c'est un autre, c'est *Titius*, qui doit en bénéficier. — Telle est la stipulation que prohibe le Code. Cette prohibition doit donc être ainsi traduite : « on ne peut pas acquérir pour soi-même une créance dont le bénéfice doit appartenir à un tiers. »

Pourquoi la stipulation faite en notre propre nom, dans l'intérêt d'un tiers, n'est-elle pas valable?

1071. — Quant au motif de cette prohibition, on le comprend sans peine. Je le formule ainsi : là où il n'y a point d'intérêt les moyens de coercition manquent, et là où il n'y a point de contrainte légale, il ne peut y avoir ni dette ni créance. Développons cette idée.

J'ai stipulé de vous, voulant vous obliger envers moi-même, que vous bâtirez la maison de *Titius :* cette stipulation est nulle. *Titius* n'est point votre créancier : car c'est envers moi, et non pas envers lui, que j'ai voulu vous obliger. Je ne le suis pas non plus, parce que je n'ai aucun intérêt pécuniaire à l'être. Que m'importe, en effet, que vous exécutiez ou non votre promesse? à quel titre me plaindrais-je de son inexécution? que demanderais-je? des dommages-intérêts? mais cette inexécution de votre promesse ne m'a causé aucun préjudice ! Je puis, il est vrai, avoir un intérêt d'*affection* à ce que *Titius* retire le bénéfice de la créance; mais cet intérêt, n'étant point appréciable en argent, ne peut point faire le fondement d'une indemnité pécuniaire. Or, si je ne puis pas obtenir des dommages et intérêts lorsque vous refusez d'exécuter votre promesse, je n'ai alors, contre vous, aucun moyen de coercition. Votre promesse n'a point de sanction civile, ce qui exclut toute idée d'obligation : car celui-là n'est point débiteur qui reste maître d'accomplir ou de ne pas accomplir ce qu'il a promis.

1072. — En résumé, la stipulation faite en son propre nom, dans l'intérêt d'un tiers, est nulle parce que l'*action*, sans laquelle l'obligation ne peut exister, se trouve là où n'est point l'intérêt, et que l'intérêt est là où elle n'est point (1).

Art. 1121.

La règle qu'on ne peut pas stipuler en son propre nom, dans l'intérêt d'un tiers, ne souffre-t-elle point des exceptions?

1073. — *Des exceptions au principe qu'on ne peut, en son propre nom, stipuler que pour soi-même.* — On peut acquérir pour soi-même une créance dans l'intérêt d'un tiers, toutes les fois que la stipulation est arrangée de telle manière qu'il en résulte pour le

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 223; Marc., art. 1119.

Pourquoi la stipulation faite dans l'intérêt d'un tiers est-elle valable lorsque le stipulant y a lui-même intérêt ?

stipulant un moyen de coercition légale contre le promettant. Or, ce moyen existe :

1° Lorsque le stipulant a lui-même un intérêt pécuniaire à ce que le tiers dans l'intérêt duquel il a stipulé profite de la créance. Exemple. Je stipule de vous, me réservant la créance pour moi-même, que vous donnerez 10,000 fr. à mon débiteur qui est insolvable : si vous tenez votre promesse, mon débiteur, dans l'intérêt duquel j'ai stipulé, bénéficiera; je bénéficierai également, car la somme qu'il recevra de vous le rendra ou contribuera à le rendre solvable. L'inexécution de votre promesse me causerait donc un préjudice appréciable en argent : de là, contre vous et à mon profit, une action en dommages et intérêts si vous refusez de faire ce que vous m'avez promis.

Pourquoi la stipulation faite dans l'intérêt d'un tiers est-elle valable, lorsqu'elle est accompagnée d'une clause pénale ?

1074. — 2° Lorsque le stipulant a le soin d'ajouter à la convention *une clause pénale*. Je stipule de vous, réservant la créance pour moi-même, que vous bâtirez la maison de *Titius* : si nous nous en tenions là, notre stipulation serait nulle. Elle sera valable, au contraire, si j'ajoute : « et si vous ne la bâtissez pas, vous me paierez telle somme, à titre de peine. » Elle sera valable alors, parce que vous ne serez plus le maître de refuser *impunément* l'exécution de votre promesse, parce que j'aurai contre vous un moyen de coercition : je pourrai, en effet, si vous ne bâtissez point, vous faire condamner à me payer le montant de la clause pénale.

Comment concilier cette décision avec le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale ?

On peut faire une objection : « La clause pénale est l'*accessoire* d'une stipulation *principale* : elle est, par conséquent, sans effet, lorsque la stipulation *principale* est nulle (art. 1227). Or, dans l'espèce, la stipulation *principale* est nulle (art. 1119) : donc la clause pénale l'est également. » — Je réponds, avec Pothier, que le principe : *la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale*, souffre exception lorsque la clause pénale est l'accessoire d'une obligation qui a tous les éléments nécessaires pour valoir, sauf l'absence d'intérêt chez le créancier. Dans ce cas, en effet, si l'obligation principale ne vaut pas, c'est uniquement parce que le débiteur y peut contrevenir *impunément;* or, la clause pénale purge ce vice, en créant, pour le créancier, un moyen de coercition légale contre le débiteur (1).

Pourquoi la stipulation faite dans l'intérêt d'un tiers est-elle valable lorsqu'elle est la condition d'un contrat à titre onéreux qu'on fait pour soi-même ?

1075. — 3° « Lorsque la stipulation pour autrui est la condition (soit suspensive, soit résolutoire) d'une convention à titre onéreux qu'on fait pour soi-même. » Je vous vends ma maison moyennant telle somme, *si vous constituez une rente viagère à Titius...* ; ou bien : je vous vends ma maison moyennant telle somme, et, en outre, à la charge par vous *de constituer une rente viagère à Titius*. Dans l'un et l'autre cas, la stipulation que j'ai faite dans l'intérêt de *Titius* est valable : car j'ai contre vous un moyen de coercition légale, consistant, au premier cas, dans la menace de ne pas réaliser la vente si vous n'accomplissez point

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 224; Marc., art. 1121.

votre promesse ; au second, dans la menace de la faire résoudre si vous n'accomplissez point la charge sous laquelle elle a été faite.

Ou d'une donation qu'on fait à un autre?

1076. — 4° « Lorsqu'elle est la condition (soit suspensive, soit résolutoire) d'une donation qu'on fait à un autre. » Je vous donne ma maison, *si vous constituez une rente viagère à Titius*...; ou bien : je vous donne ma maison, *à charge par vous de constituer une rente viagère à Titius*. Vous êtes obligé, et je suis votre créancier : car j'ai contre vous un moyen de coercition, consistant, au premier cas, dans la menace de ne pas réaliser la donation, au second, dans la menace d'en demander la révocation pour cause d'inexécution des charges (art. 953), si vous ne constituez point la rente promise.

La stipulation faite dans l'intérêt d'un tiers, comme condition d'un contrat à titre onéreux qu'on fait pour soi-même ou d'une donation qu'on fait à un autre, peut-elle être révoquée par le stipulant? Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1077. — Les deux dernières exceptions (nos 1075 et 1076) sont prévues par l'art. 1121. Cet article ajoute que le vendeur ou le donateur qui a fait la stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers dans l'intérêt duquel elle a été faite a déclaré vouloir en profiter. En stipulant de mon acheteur ou de mon donataire un avantage qui doit profiter à *Titius*, je fais à ce dernier une offre de libéralité, et, tant qu'il ne l'a pas acceptée, il n'y a de lui à moi qu'une simple pollicitation qui ne me lie point (voy., sous le n° 925, une exception à ce principe). Je puis donc révoquer et m'attribuer à moi-même l'avantage que je voulais lui procurer.

Mais, bien entendu, cette révocation ne doit point nuire à mon acheteur ou à mon donataire : sa condition doit rester la même, que ce soit moi ou que ce soit *Titius* qui profite de la stipulation. Je suppose que *Titius* est âgé et moi très-jeune : je pourrai bien révoquer l'offre que je lui ai faite de la rente viagère, et m'en attribuer le bénéfice ; mais elle s'éteindra par la mort de *Titius*. Autrement, la position de celui qui la doit se trouverait empirée.

Peut-elle toujours être révoquée malgré le promettant?

Quoique non encore acceptée, l'offre n'est pas révocable par l'un des contractants quand elle est faite par l'une ET l'autre partie. Exemple. Je vends ma maison à mon frère pour un certain prix, et, en outre, à la charge par lui de payer une pension à notre mère : nous avons stipulé pour atteindre un but que nous désirons également : je ne puis donc pas révoquer seul l'offre que nous avons faite en commun.

Quid, si le stipulant meurt avant qu'elle ait été acceptée par le tiers dans l'intérêt duquel il l'a faite?

1078. — Si celui qui a fait l'offre, le stipulant, meurt avant qu'elle soit acceptée, celui auquel elle est faite ne peut plus l'accepter utilement. Sa volonté vient trop tard, elle ne rencontre plus celle du stipulant : l'accord des volontés est impossible (voy. le n° 1027).

Quid, si le tiers dans l'intérêt duquel elle a été faite meurt avant de l'avoir acceptée?

L'offre est également caduque lorsque le tiers auquel elle est faite meurt avant de l'avoir acceptée : nos héritiers ne succèdent point aux offres que nous faisons ou qui nous sont faites (voy. le n° 1027) (1).

(1) MM. Val.; Marc., art. 1121. — *Contrà*, MM. Dur., t. X, nos 248 et 249 ; Demol., t. I, n° 253.

Mais qui profite de la caducité de l'offre? est-ce le promettant? est-ce le

Comment peut-il l'accepter?

1079. — Le tiers auquel l'offre est faite peut accepter par acte sous seing privé aussi bien que par acte authentique, tacitement ou expressément. Cette acceptation n'est, en effet, assujettie à aucune formalité particulière. Il en est ainsi (car la loi ne distingue pas), non-seulement lorsque la stipulation pour autrui est la condition d'un contrat à titre onéreux que le stipulant a fait pour lui-même, mais encore lorsqu'elle est la condition d'une donation qu'il a faite à un autre. C'est une exception au principe que l'acceptation d'une libéralité ne peut être faite que par acte authentique, dans les formes prescrites par l'art. 932 (voy. les nos 654 et 679) (1).

§ VI. — *De l'effet de nos conventions à l'égard de nos héritiers ou ayant-cause.*

Art. 1122.

Celui qui stipule ou promet stipule-t-il ou promet-il pour lui seul?

Qu'entend-on par *ayant-cause?*

1080. — Il est permis de stipuler (*stipuler* est ici synonyme de *contracter*) pour soi, ses héritiers ou ayant-cause; on est même censé l'avoir fait, quoiqu'on ne l'ait pas dit expressément.

On entend par *ayant-cause* tous ceux *qui nostram causam habent,* qui sont à notre lieu et place, soit quant à tous nos droits, soit relativement à tel ou tel droit particulier. Les premiers sont des ayant-cause universels : la loi les désigne ordinairement sous le nom d'*héritiers* ou de *successeurs.* Les seconds sont des ayant-cause particuliers : tels sont, par exemple, les acheteurs, les donataires, les coéchangistes...

Ainsi, les *droits* que nous acquérons en contractant profitent à nos ayant-cause *universels;* les obligations qui naissent de nos conventions doivent être accomplies par eux.

Tout cela était inutile à dire : il est, en effet, bien évident que ceux qui succèdent à l'universalité de nos biens succèdent à nos droits et à nos obligations, de quelque source qu'ils proviennent.

Peut-on stipuler ou promettre pour ses héritiers sans stipuler ou promettre pour soi-même?

1081. — On peut stipuler ou promettre pour ses héritiers sans stipuler ou promettre pour soi-même. Ainsi, je puis valablement stipuler que vous donnerez telle ou telle somme à mon fils, après que je serai mort, ou vous promettre que telle somme vous sera payée par lui après qu'il aura recueilli ma succession.

Nous aurons à examiner, sous le no 1298, la question de savoir s'il est permis de stipuler ou de promettre *pour un seul* de ses héritiers.

Nos ayant-cause particuliers profitent-ils de nos contrats?

Nos contrats leur sont-ils opposables?

Quelles distinctions

1082. — Quant aux ayant-cause *particuliers,* ils peuvent invoquer et ils doivent subir les conventions par lesquelles *leur auteur,* c'est-à-dire celui dont ils tiennent la place, a consolidé, étendu ou amoindri le droit qu'il leur a transmis : car, lorsque je vends,

stipulant? C'est, si je ne me trompe, le stipulant, — à moins que le droit stipulé dans l'intérêt du tiers ne soit de nature à s'éteindre par sa mort, comme une rente viagère.

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 224; Marc., art. 1121; Demol., t. I, no 254.

que je donne ou que je lègue tel objet qui m'appartient, je transmets mon droit *tel que je l'ai.*

faut-il faire à cet égard?

Ainsi, propriétaire d'une maison, je stipule de vous une servitude de vue sur votre champ; cette stipulation a eu pour effet d'étendre mon droit de propriété : si je vends, si je donne ou si je lègue ma maison, mon ayant-cause particulier pourra revendiquer cette servitude et invoquer à cet effet la convention que j'ai faite avec vous. — Nous avons transigé relativement à des prétentions que vous aviez élevées; vous avez reconnu, moyennant une concession que je vous ai faite, que la maison A est bien à moi; cette transaction a consolidé mon droit de propriété sur la maison : si je la vends, si je la donne ou si je la lègue, et que vous la revendiquiez contre mon ayant-cause, celui-ci pourra vous combattre en invoquant la transaction que nous avons faite ensemble. — Je vous ai vendu un droit de vue sur mon jardin; cette convention a diminué, restreint mon droit de propriété : si je vends, donne ou lègue mon jardin, mon ayant-cause devra subir la convention que j'ai faite avec vous.

La règle à suivre est bien simple : toutes les conventions par lesquelles j'ai consolidé, étendu ou diminué le droit que j'ai transmis, peuvent être invoquées par ou contre mon ayant-cause, c'est-à-dire par ou contre celui qui prend ma place quant à ce droit (voy. toutefois ce qui sera dit sous les nos 1127 et s.).

Il en est différemment des conventions qui n'ont ni augmenté ni diminué le droit transmis. Mon voisin s'engage envers moi à labourer tous les ans mon champ en même temps que le sien : s'il vend le champ qui lui appartient, l'acheteur sera-t-il obligé de faire le labourage promis? Non, la convention faite par son vendeur ne lui sera pas opposable : car, d'une part, l'obligation qu'elle a engendrée n'a point affecté son champ *réellement*, c'est-à-dire *jure servitutis* (voy., au t. Ier, les nos 1809 à 1811), et, d'autre part, les ayant-cause particuliers ne succèdent point, comme les ayant-cause universels, aux obligations personnelles de *leur auteur*. — J'ai stipulé de mon voisin le droit de chasser pendant tant d'années sur son domaine, en même temps que sur le mien : si je meurs avant l'expiration du temps convenu, mon droit de chasse passera à mes héritiers; mais si je vends mon domaine? L'acheteur n'aura point mon droit de chasse. Ce droit, en effet, ne constitue pas une servitude active, une qualité du fonds que je lui ai cédé (voy., au t. Ier, le no 1813) : c'est un droit qui m'est personnel et qui n'est point compris dans le droit de propriété que je lui ai transmis.

Le principe que nos ayant-cause restent étrangers à nos conventions qui n'ont ni étendu ni amoindri le droit qu'ils tiennent de nous ne souffre-t-il point une exception?

1083. — La théorie que je viens d'exposer souffre une exception. La convention par laquelle je vous ai loué ma maison, ou affermé mon domaine, n'a augmenté ni amoindri mon droit de propriété; cependant, si je vends ma maison ou mon domaine, mon acheteur sera subrogé à tous mes droits contre vous, locataire ou fermier, et à toutes les obligations dont je suis tenu

envers vous. Cette exception a été introduite dans l'intérêt de l'industrie et de l'agriculture (voy. l'explic. de l'art. 1743).

Le principe que nous sommes censés stipuler ou promettre pour nous et pour nos héritiers est-il absolu ?

1084. — Le principe que nous sommes censés stipuler ou promettre pour nous *et pour nos héritiers* reçoit deux limitations.

La première a lieu lorsque les parties ont expressément dit que le droit ou l'engagement qui fait l'objet du contrat s'éteindra par la mort du créancier ou du débiteur.

La seconde a lieu lorsqu'il résulte *de la nature de la convention* que les parties n'ont entendu stipuler ou promettre que pour elles-mêmes (voy., à ce sujet, les art. 227-1°, 617, 1865-3°, 1879, 2e alinéa, 1980 et 2003).

Nos droits conditionnels passent-ils à nos héritiers ?

1085. — Nos droits *conditionnels* passent-ils, comme nos droits purs et simples ou à terme, à nos héritiers et successeurs universels ? Non, quant aux droits conditionnels *nés d'un testament* (voy. le n° 833). Oui, quant aux droits conditionnels *nés d'un contrat* (art. 1179).

SECTION II. — DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES.

Art. 1123 et 1124.

Quelles personnes sont capables de contracter ?

Quelles personnes ne le sont pas ?

Quelles différences a-t-il entre les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés ?

1086. — La capacité forme le droit commun ; l'incapacité, l'exception. Ainsi, toute personne est capable de contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi. — Les incapables sont :

1° *Les mineurs.* — La loi les divise en deux classes : la première comprend les mineurs non émancipés ; la seconde, les mineurs émancipés.

Mineurs non émancipés. — La loi leur donne un tuteur qui les *représente* dans tous les actes civils, de même qu'un mandataire représente son mandant (art. 450). Ce tuteur gère pour eux : c'est lui qui vend, qui achète, qui emprunte, qui passe bail..... Mais, par une fiction de droit, c'est le mineur lui-même qui est réputé avoir fait, *et en temps de capacité*, tous les actes que son tuteur a passés dans la limite de ses pouvoirs ; c'est dans sa personne que se réalisent activement et passivement tous les effets des conventions qui ont été faites en son nom. Ainsi, lorsqu'un tuteur achète une maison, c'est le mineur qui devient débiteur du prix, créancier et propriétaire de la chose vendue (voy. l'explic. de l'art. 450 et aussi celle de l'art. 1305).

Le mineur non émancipé est-il toujours représenté ?

Quels sont les actes qu'il doit faire lui-même

Il existe cependant certains actes pour lesquels un mineur ne peut pas être représenté, qui ne peuvent être faits que par lui-même, en personne. Tels sont : 1° le mariage ; 2° le contrat accessoire par lequel il réglemente ses rapports pécuniaires avec son futur époux : dans l'un et l'autre cas, il doit être assisté, non par son tuteur, mais par ses ascendants ou par son conseil de famille (art. 1095 et 1398) ; 3° son testament : il teste seul et sans aucune autorisation. J'ai dit, sous l'art. 904, à quel âge il peut tester, et quelle est l'étendue de sa capacité.

Mineurs émancipés. — La loi leur donne, non plus un *tuteur*, mais un *curateur*. — Leur curateur ne les *représente* point ; ce n'est point lui qui gère. Les mineurs émancipés jouent eux-mêmes leur propre rôle ; leur curateur ne fait que les assister dans les actes qu'ils passent eux-mêmes et en personne. Cette assistance n'est même pas toujours nécessaire : ils sont, en effet, réputés majeurs quant aux actes qui n'intéressent que l'administration de leurs biens ou la disposition de leurs revenus (voy. l'explic. des art. 450, 481 et 1305).

Quelle différence y a-t-il entre un *tuteur* et un *curateur?*

1087. — 2° *Les interdits.* — On peut les diviser en deux classes : la première comprend ceux qui sont frappés d'une interdiction complète, de l'interdiction proprement dite ; la seconde, ceux qui ne sont frappés que d'une demi-interdiction.

Comment subdivise-t-on les interdits ?

Interdits de la première classe. — La loi les assimile aux mineurs non émancipés ; elle leur donne un tuteur qui gère pour eux et les représente. Il existe cependant plusieurs différences entre ces deux classes d'incapables :

Quelles différences y a-t-il entre les mineurs et les interdits de la première classe?

1° Les mineurs peuvent se marier, les interdits ne le peuvent pas ;

2° Quand ils ont 16 ans, les mineurs peuvent tester (art. 904), les interdits ne le peuvent jamais ;

3° Le mineur qui demande la rescision d'un contrat qu'il a fait lui-même doit prouver deux choses. Il doit établir : 1° qu'il a contracté pendant qu'il était mineur ; 2° que le contrat qu'il attaque lui a causé un préjudice : *minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm læsus.* L'interdit, au contraire, n'a qu'une chose à prouver, savoir : qu'il a, pendant qu'il était interdit, fait le contrat dont il demande la rescision. Soit l'espèce suivante : Un mineur achète au prix de 8,000 fr. une maison qui en vaut 10,000 ; cette maison ayant péri par cas fortuit, le mineur, devenu majeur, demande la rescision du contrat qu'il a fait en minorité, et conclut à la restitution de son prix : il ne réussira point. Le vendeur lui dira : « Le contrat que vous avez fait avec moi ne vous a causé aucun préjudice ; il ne vous a point lésé, puisqu'il vous a fait avoir pour 8,000 fr. une maison qui en valait 10,000. Un cas fortuit et postérieur à notre contrat vous a constitué en perte ; je n'en suis point responsable (art. 1306). » — Si, à la place d'un mineur, nous supposons un interdit, la même demande devra être admise.

Quels sont les interdits de la seconde classe?

Interdits de la deuxième classe. — Ce sont ceux qui ont reçu un conseil judiciaire, sans l'assistance duquel ils ne peuvent faire valablement certains actes que la loi désigne. Pour tous autres actes, ils conservent leur pleine et entière capacité (art. 499 et 513).

Quels sont les actes que les femmes mariées ne peuvent pas

1088. — 3° *Les femmes mariées* (1). — Elles sont incapables de faire, sans l'autorisation de leur mari ou de justice, tous les actes

(1) Sont également incapables : 4° les personnes qui sont en état d'interdiction légale ; — 5° les personnes qui, sans être interdites, sont dans une maison d'aliénés (voy., au t. Ier, les nos 1310-1322).

faire sans être autorisées de leur mari ou de justice?
Quels actes peuvent-elles faire seules?

qui dépassent les limites de la libre administration de leurs biens (art. 217). — La loi leur laisse la capacité d'administrer. Elles peuvent, il est vrai, par leur contrat de mariage, donner à leur mari mandat d'administrer pour elles, et ce pouvoir, une fois donné, est irrévocable (art. 1428, 1531, 1549); mais elles peuvent aussi, si elles le préfèrent, retenir pour elles-mêmes le pouvoir que la loi ne leur a point enlevé (art. 1536). Il ne leur est pas permis, au contraire, de stipuler d'une manière générale le droit de faire seules les actes pour lesquels la loi les déclare incapables (art. 223).

1089. — Aux termes de l'art. 1124, les incapables de contracter sont : « les mineurs, — les interdits, — les femmes mariées, *dans les cas déterminés par la loi.* »

Ces expressions de l'art. 1124 : *dans les cas déterminés par la loi*, sont-elles applicables aux mineurs et aux interdits, comme aux femmes mariées?

Ces expressions : *dans les cas déterminés par la loi,* nous montrent que les *femmes* ne sont point frappées d'une incapacité absolue. Elles sont, en effet, capables de faire elles-mêmes, et sans aucune autorisation, tous actes concernant la libre administration de leurs biens.

Ces mêmes expressions peuvent également, mais sous une distinction, s'appliquer aux *mineurs* et aux *interdits.*

Nous avons vu, en effet, que les mineurs, *lorsqu'ils sont émancipés*, sont réputés majeurs quant aux actes qui ne concernent que l'*administration* de leurs biens; que les interdits, *lorsqu'ils ne sont frappés que d'une demi-interdiction*, peuvent faire tous les actes autres que ceux qui leur sont défendus.

Art. 1125.

Les actes faits par un mineur, un interdit ou une femme mariée non autorisée, sont-ils *nuls?*

1090. — Les actes faits par les mineurs, les interdits et les femmes mariées, sont, non pas absolument *nuls*, mais *annulables* seulement. La nullité, résultant de l'incapacité, est purement *relative*, uniquement établie dans l'intérêt de l'incapable, qui peut, à son choix, ou tenir pour bon le contrat qu'il a fait en état d'incapacité (voy. les Form. 354 à 356 et 507), ou le faire annuler (voy., sous les n^os^ 1481 et s., la théorie des contrats *nuls* ou *annulables*). Les tiers qui ont traité avec lui doivent subir cette alternative : ils sont en faute, car ils ont dû connaître (la loi, par l'institution des actes de l'état civil, en fournit le moyen) la condition de la personne avec laquelle ils ont traité.

Les tiers qui ont traité avec un incapable peuvent-ils demander la nullité de leur contrat?

L'incapable qui a fait annuler le contrat est-il obligé de rendre ce qu'il avait reçu de l'autre partie?

Mais, bien entendu, l'incapable qui fait annuler son contrat n'a pas le droit de conserver les sommes ou les objets qu'il a reçus en échange de ceux qu'il a livrés; les choses doivent être remises au même état qu'auparavant. Toutefois, si les sommes ou les choses qui lui ont été livrées ne lui ont pas profité, s'il les a, par exemple, dissipées en folles dépenses, il n'a rien à rendre : tout ce que veut la loi, c'est qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens d'autrui (article 1312).

Les personnes capables ne sont-elles point quelquefois frappées d'une incapacité relative?

1091. — Après avoir énuméré les personnes qui sont frappées d'une incapacité *générale*, l'art. 1124 ajoute : « Sont encore incapables ceux à qui la loi interdit certains contrats. » C'est qu'en effet, certaines personnes, qui sont capables selon le droit commun, sont quelquefois frappées d'une incapacité *relative.* Ainsi, par

exemple, le tuteur ne peut pas acheter les biens de son mineur (art. 450. Voy. aussi l'art. 472); le mari ne peut pas acheter ceux de sa femme, ni la emme ceux de son mari (art. 1595).

SECTION III. — DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS.

Art. 1126.

L'objet de l'obligation se distingue-t-il de l'objet du *contrat*?

1092.—L'art. 1108 parle de l'objet des *obligations;* la rubrique de notre *section*, de l'objet des *contrats*. N'en concluons point que la loi a entendu distinguer l'objet de l'*obligation* et l'objet du *contrat*. Cette différence de rédaction n'est qu'une variante de style; au fond, l'idée est la même. Et, en effet, le contrat ayant toujours pour but de produire une ou plusieurs obligations, il est évident qu'il a forcément pour objet ce qui fait l'objet de l'obligation ou des obligations auxquelles il donne naissance (1).

Art. 1127.

Quelles choses peuvent faire l'objet d'un contrat?

1093. — I. *Des choses qui peuvent faire l'objet d'un contrat.* — L'objet du contrat peut être soit une *chose* proprement dite (*res*) que le débiteur s'engage à donner ou à livrer, soit un fait (*factum*) que le débiteur s'oblige à accomplir, ou dont il promet de s'abstenir.

« Le simple *usage* ou la simple *possession* d'une chose peut être, *comme la chose même*, l'objet du contrat. »

Le simple *usage*... Ainsi, lorsque je vous vends le droit d'*user* de mon domaine, c'est-à-dire d'en percevoir les fruits dans la proportion de vos besoins, ce que je vous vends, ce n'est point la propriété pleine et entière de mon domaine : je vous vends un démembrement de mon droit de propriété, appelé dans le Code *droit d'usage* (art. 630).

Ou la *simple possession*... Ainsi, lorsqu'en vous empruntant une somme d'argent, je vous promets mon cheval en gage, la possession du cheval est l'objet de mon obligation. C'est, en effet, cette possession que je dois vous faire avoir : je dois vous livrer mon cheval, afin qu'il reste en vos mains à titre de gage (art. 2076).

Qu'entend dire la loi, lorsqu'elle oppose *la chose même* au simple usage ou à la possession d'une chose?

Comme la chose même... Qu'est-ce donc que la *chose même*, opposée au simple usage, à la simple possession? La loi désigne ainsi *la pleine propriété*. Elle parle ici la langue de la pratique. On a pris, en effet, l'habitude de désigner par *la chose même*... le droit de propriété qu'on a sur elle. On ne dit point : « J'ai un droit de propriété sur cette chose. » Habituellement, la formule est

(1) MM. Dem., *Progr.*, t. II, p. 276; Val. — J'admets bien le principe que l'objet de *l'obligation* est toujours en même temps l'objet du *contrat;* mais la réciproque n'est pas toujours vraie. Ainsi, dans le prêt de consommation, la chose prêtée, qui est l'objet du *contrat*, n'est pas en même temps l'objet de *l'obligation* : car l'emprunteur doit rendre, non pas la chose même qui lui a été prêtée, mais une chose semblable (art. 1892). Ainsi, encore, dans la transaction, le contrat a pour objet un droit douteux entre les parties, tandis que les obligations qu'il engendre ont pour objet la concession, le sacrifice que chacune des parties consent à faire en échange de l'avantage qu'on lui procure.

beaucoup plus courte : « C'est ma chose, dit-on...; cette chose est à moi... ; cette chose m'appartient. » On prend la chose pour le droit.

Cette disposition, au reste, est peu utile : car il est évident que les droits d'*usage*, de *possession* et de *pleine propriété*, peuvent être l'objet d'un contrat. Elle est, en outre, dangereuse : car, ne visant nommément que ces trois espèces de droits, elle semble exclure les autres; et cependant le droit d'*usufruit*, les servitudes réelles, peuvent faire l'objet d'un contrat, tout aussi bien que les droits d'usage ou de pleine propriété. On eût dit, dans une langue bien faite : « Les démembrements du droit de propriété peuvent être, comme la pleine propriété, l'objet d'un contrat. »

Art. 1130.

Les choses *futures* peuvent-elles faire l'objet d'un contrat?

1094.—Les choses *futures*, de même que les choses déjà existantes, peuvent faire l'objet d'un contrat. Ainsi, je puis vous vendre la récolte que mon vignoble produira cette année. La vente est alors *commutative* ou *aléatoire*, suivant qu'elle a pour objet *la récolte elle-même*, en tant qu'elle existera, ou seulement *la chance* de la récolte. Au premier cas, si la récolte manque absolument, ou même si le vignoble ne produit que quelques bouteilles de vin (en droit, presque rien est considéré comme rien), l'acheteur ne doit point son prix : car il ne l'a promis qu'en échange d'une récolte que le vendeur ne peut point lui livrer. Au second cas, le prix est dû, soit que le vignoble produise une récolte, soit qu'il n'en produise point.

La vente d'une récolte future est-elle *commutative* ou *aléatoire?*

Quel est l'intérêt de cette question ?

A quels signes reconnaîtra-t-on si cette vente est commutative ou aléatoire ?

Mais à quels signes reconnaîtra-t-on si c'est la récolte ou la chance de la récolte qui a été vendue? C'est une pure question de fait. Les circonstances éclaireront le juge, qui devra surtout comparer le *quantum* du prix à la valeur ordinaire des récoltes que peut produire le vignoble. Est-il égal ou à peu près égal à cette valeur : on devra supposer naturellement que c'est la récolte elle-même qui a été vendue. Lui est-il de beaucoup inférieur : il sera plus rationnel de décider que c'est la chance de la récolte qui a été l'objet du contrat.

Pourquoi les successions futures ne peuvent-elles point faire l'objet d'un contrat?

1095.—Les successions futures ne peuvent pas, en principe, faire l'objet d'un contrat. La loi a pensé : 1° que celui qui traite sur une succession qu'il espère, ne traite pas en connaissance de cause, car il lui est impossible d'apprécier l'étendue du droit éventuel dont il dispose; 2°qu'une semblable convention est dangereuse, puisqu'elle intéresse des tiers à la mort d'une personne qui leur est étrangère ; 3° qu'elle est immorale, puisqu'elle contient, de la part des contractants, *votum mortis*. — Le Code, à la différence de la loi romaine, annule les conventions sur successions futures, lors même que celui de la succession duquel on dispose donne son consentement au traité; mais, par exception, il les tolère dans les hypothèses prévues par les art. 761, 918 et 1082.

Cette règle souffre-t-elle quelques exceptions ?

Art. 1128 et 1129.

Quels caractères

1096. — II. *Des caractères que doit avoir l'objet de l'obligation pour qu'elle soit valable.* — L'objet doit être : 1° possible ; 2° utile

au créancier ; 3° non contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

Quid doit avoir l'objet de l'obligation pour qu'elle soit valable ?

1° *Il doit être possible.* — La convention n'est pas sérieuse lorsqu'elle a pour objet une chose impossible : le créancier n'a pas pu, il n'a pas dû compter sur son exécution. Mais remarquons que cela n'est vrai qu'autant qu'on suppose une impossibilité *absolue* : car, si la chose est possible en soi, la promesse de cette chose est valable, bien que le débiteur soit dans l'impossibilité relative de l'exécuter. Du moment, en effet, que la chose est possible, le stipulant a pu légitimement compter sur elle. Ainsi, vous ai-je promis une chose impossible, absolument impossible pour tout le monde : la convention est nulle. Vous ai-je promis une chose que je ne puis pas faire, mais qu'une autre personne pourrait vous procurer : la convention est valable. C'est à cette théorie qu'il faut rattacher l'art. 1128 : les choses qui ne sont point dans le commerce ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat, parce que c'est en réalité promettre une chose absolument impossible que de promettre une chose qui n'est pas susceptible de propriété privée. Ainsi, lorsque je vous promets de vous faire avoir la propriété de l'église de Notre-Dame, ma promesse est nulle, parce qu'elle a pour objet une chose impossible en soi, que personne ne peut vous procurer.

Quid, si le fait promis est impossible ? Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

Pourquoi les choses qui ne sont point dans le commerce ne peuvent-elles point faire l'objet d'un contrat ?

1097. — 2° *Il doit être utile au créancier.* — L'intérêt étant la condition essentielle de toute action en justice, le stipulant n'a rien à réclamer, et, en réalité, il n'est pas créancier, si la promesse qui lui a été faite est de telle nature qu'elle ne doive, en la supposant exécutée, lui procurer aucun profit.

Quid, si la chose promise est de telle nature que le créancier n'ait aucun intérêt à la recevoir ?

Je rattache à ce principe l'art. 1129, relatif à la *détermination* de l'objet de l'obligation.

De combien de manières un objet peut-il être déterminé ? Dans quel cas l'objet est-il déterminé quant à *l'espèce* ? Quant au *genre* ?

Un objet peut être déterminé plus ou moins. Il peut l'être : 1° quant à *l'individu ;* 2° quant à *l'espèce ;* 3° quant au *genre*. L'obligation est valable lorsque son objet est déterminé quant à *l'individu* ou quant à son *espèce ;* elle ne l'est pas lorsqu'il est déterminé seulement quant au *genre*.

L'*espèce* est une collection d'individus, comme le *genre* est une collection d'espèces. Mais l'espèce peut devenir genre, et réciproquement le genre devenir espèce, suivant le point de vue auquel on se place. Ainsi, lorsque je vous vends *un cheval*, sans le déterminer individuellement, l'objet de mon obligation est déterminé quant à son espèce, car le mot *cheval* désigne l'une des espèces comprises dans le genre *animal ;* il est aussi, si l'on veut, déterminé quant au *genre*, car le mot *cheval* désigne, dans sa généralité, toutes les espèces de chevaux. Que si je vous vends un *animal*, l'objet promis est déterminé quant au *genre*, car l'expression *animal* comprend toutes les espèces d'êtres animés ; mais il est aussi déterminé quant à son *espèce* si on le considère par opposition au mot *chose*, qui, dans sa généralité, comprend tous les êtres animés ou inanimés.

Qu'a donc voulu dire le législateur ? Dans sa pensée, l'espèce est

un genre limité, restreint, qui *habet certam finitionem*. Si l'objet est déterminé quant au genre limité, l'obligation est valable; elle est nulle, au contraire, lorsque le genre désigné est si large, si étendu, qu'il est impossible de déterminer, sans tomber dans l'arbitraire, l'individu qui devra être livré.

Pourquoi l'obligation est-elle valable lorsque son objet est déterminé quant à son *espèce*, tandis qu'elle ne l'est pas lorsqu'il n'est déterminé que quant au *genre*?

Mais pourquoi est-elle valable dans le premier cas, et nulle dans le second? Un exemple le fera comprendre.

Si je vous vends *un animal*, l'objet de mon obligation est déterminé quant au genre illimité. Mon obligation est nulle, parce que le créancier n'a aucun intérêt à son exécution; il n'y a aucun intérêt, parce que le débiteur est le maître de se libérer en livrant un animal quelconque, le premier venu qui lui tombera sous la main, un moucheron, par exemple. Dira-t-on que le juge, en cas de contestation, déterminera l'individu qui devra être livré? Mais qui ne voit que cette détermination serait nécessairement arbitraire? Le juge n'interpréterait pas la convention des parties, il la ferait réellement!

Si je vous vends *un cheval*, l'objet de mon obligation est déterminé quant au genre limité. Mon obligation est valable; elle est valable, parce que son exécution sera utile au créancier. Qu'on ne dise pas, en effet, que je puis me libérer en livrant un cheval si chétif que le créancier en serait fort embarrassé peut-être! le juge, si j'offrais un paiement aussi dérisoire, serait alors appelé à déterminer le cheval qui devrait être livré, et il le pourrait faire sans tomber dans l'arbitraire, en interprétant raisonnablement la convention, d'après les circonstances et notamment d'après la qualité des parties et le montant du prix de vente.

Qu'est-ce qu'un *corps certain*?

1098. — On appelle « *corps certain* » l'objet déterminé quant à l'individu, et « *objet certain* » l'objet déterminé quant à l'espèce, je veux dire quant au genre limité. Je vous vends mon cheval blanc, la barrique de vin qui est dans ma cave, le tas de blé qui est dans mon grenier, ma maison A, mon pré de tel endroit... : dans ces différents cas, l'objet est déterminé individuellement; c'est un *corps certain*. Je vous vends un cheval sans vous dire lequel, une barrique de vin, tant de mesures de blé, tant d'hectares de terre à prendre dans tel département... : l'objet de mon obligation est déterminé quant à l'espèce; c'est un *objet certain*.

Quelles différences y a-t-il entre les obligations de *corps certains* et les obligations d'*objets certains*?

Dans l'une et l'autre hypothèse, mon obligation est valable. Toutefois, il existe quelques différences entre les obligations de *corps certains* et les obligations d'*objets certains*.

1° La convention par laquelle l'une des parties s'engage à transférer la propriété d'une chose est, par elle-même, lorsqu'elle a pour objet un *corps certain*, translative de la propriété promise. Lors, au contraire, que la chose sur laquelle les parties ont contracté n'est qu'un *objet certain*, la propriété n'est transférée qu'après coup, par un fait postérieur au contrat, la tradition qui individualise la chose promise (voy. les nos 1126-1130).

2° L'obligation de *corps certain* s'éteint par la perte de la chose

due (art. 1302). Ce mode d'extinction ne s'applique point aux obligations d'*objets certains*, car les genres ne périssent point : *genera non pereunt*.

1099. — La *quotité* de la chose qui fait l'objet de l'obligation doit également être déterminée. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'elle le soit par un chiffre exact ; il suffit que le contrat renferme implicitement un moyen de détermination. Je m'engage à vous donner *du blé :* mon obligation est nulle, car quel intérêt auriez-vous à son exécution ? ne suis-je pas le maître de me libérer par un paiement dérisoire ? Dira-t-on que le juge fixera la quotité à livrer ? Cette fixation serait nécessairement arbitraire ! — Je vous vends *le blé dont vous avez besoin pour ensemencer votre domaine :* la vente est valable : car, dans l'espèce, le contrat fournit lui-même un moyen de déterminer, sans tomber dans l'arbitraire, la quotité de blé qui devra être payée.

La quotité de la chose qui fait l'objet de l'obligation doit-elle être déterminée ? Est-il nécessaire qu'elle le soit par un chiffre exact ?

1100. — 3° *Non contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public.* — On comprend sans peine que la loi ne peut pas sanctionner la promesse d'un fait qu'elle défend, ou l'abstention d'un fait qu'elle commande. A quel titre, en effet, ordonnerait-elle à ses agents de faire exécuter les conventions qui blessent ce que la force publique doit protéger et défendre, les bonnes mœurs et l'ordre public ?

Quid, si l'objet de l'obligation est contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ?

SECTION IV. — DE LA CAUSE.

1101. — L'*objet*, la *cause* et le *motif* de l'obligation sont trois choses qu'il ne faut pas confondre.

L'*objet* de l'obligation consiste dans le bénéfice que le débiteur doit procurer au créancier ; c'est ce à quoi le débiteur peut être contraint, ce que le créancier a le droit d'exiger, ce qui est dû, en un mot.

Qu'est-ce que l'*objet* de l'obligation ?

La *cause* de l'obligation est *ce pour quoi l'on s'oblige*, c'est-à-dire *le but immédiat qu'on se propose d'atteindre en s'obligeant*.

Sa *cause* ?

Le *motif* est le but *médiat* que se propose la partie qui s'oblige, but souvent secret, dont on ne parle point au contrat.

Son *motif* ?

Les médecins m'ont conseillé de voyager, mais je n'ai point d'argent ; vous voulez faire un commerce, mais vous n'avez point les bâtiments dont vous avez besoin à cet effet : je vous vends ma maison. — Nous voici en présence d'un contrat synallagmatique qui a produit deux obligations : quels sont l'*objet*, la *cause* et le *motif* de chacune d'elles ?

Obligation du vendeur. — Cette obligation a :

Pour *objet*, la tradition de la maison : c'est là, en effet, ce à quoi le vendeur peut être contraint, ce que le créancier a le droit d'exiger, le bénéfice que le vendeur doit lui procurer ;

Pour *cause*, l'obligation qu'a contractée envers lui l'acheteur, l'obligation de payer une somme d'argent. Quel est, en effet, le but *immédiat* qu'il a voulu atteindre en s'obligeant lui-même à

transférer la propriété de sa maison? Il a voulu obliger l'acheteur à lui payer une somme d'argent;

Pour *motif*, le soin de sa santé, le voyage qu'il se propose de faire : c'est là, en effet, le but *médiat* qu'il s'est proposé d'atteindre en s'obligeant.

Obligation de l'acheteur. — Elle a :

Pour *objet*, la somme qui forme le prix de vente, la somme que le vendeur a le droit d'exiger;

Pour *cause*, l'acquisition de la maison : c'est, en effet, afin de devenir propriétaire de cette maison qu'il s'est obligé à payer une somme d'argent;

Pour *motif*, le commerce qu'il se propose d'établir dans cette maison.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer la *cause* et le *motif* de l'obligation?

— Il importe de ne pas confondre la *cause* avec le *motif* de l'obligation. L'erreur sur la *cause* est un obstacle à la validité du contrat (voy. le n° 1103); l'erreur sur le *motif* ne le vicie point (voy. le n° 1046).

En quoi consiste la cause de l'obligation dans les contrats à titre onéreux?

1102. — « La cause, ai-je dit, est le but *immédiat* qu'on se propose d'atteindre en s'obligeant. » Or, si nous analysons attentivement les contrats à titre onéreux, nous trouverons que le débiteur qui s'oblige a toujours pour but immédiat soit l'acquisition d'une créance, soit l'acquisition d'un droit réel, soit tout à la fois l'acquisition d'une créance et d'un droit réel, soit enfin l'extinction d'une obligation préexistante.

Dans les contrats synallagmatiques, chacune des obligations ne sert-elle point de cause à l'autre?

Si le contrat est synallagmatique, chacune des obligations sert de cause à l'autre. Ainsi, dans la vente, si le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose qu'il vend, et à la livrer, c'est qu'il veut obliger l'acheteur à lui payer une somme d'argent; et, réciproquement, si l'acheteur s'oblige à payer une somme d'argent, c'est afin d'obliger le vendeur à lui procurer la propriété de la chose vendue et à lui en faire tradition.

En quoi consiste la cause dans un contrat unilatéral à titre onéreux?

Si le contrat est unilatéral, la cause de l'obligation consiste dans l'acquisition du bénéfice que le créancier procure à l'obligé. Je vous prête une somme d'argent; vous voilà obligé de me rendre une somme semblable : quelle est la cause de votre obligation? C'est évidemment l'acquisition de la somme que je vous ai prêtée.

Dans un contrat de bienfaisance?

Dans les contrats de bienfaisance, la cause de l'obligation est le bien-être que le débiteur veut procurer au donataire ou, suivant certains philosophes qui trouvent un but intéressé à toutes nos actions, la satisfaction, le bonheur que tout homme de bien éprouve en rendant service à autrui (1).

(1) On peut dire, en résumé, que la *cause* de l'obligation est l'équivalent que le débiteur veut acquérir en échange de celui qu'il procure ou s'engage à procurer; en d'autres termes, ce qu'il reçoit en retour de ce qu'il donne. Dans les contrats *à titre onéreux*, la cause est toujours pécuniaire. Dans les contrats *de bienfaisance*, elle est purement morale : celui qui rend le service acquiert, en retour, d'une part, la reconnaissance de celui qui le reçoit, et, d'autre part, la satisfaction d'avoir fait une bonne action.

M. Oudot indique un moyen fort ingénieux de connaître à coup sûr l'*objet*

Art. 1131.

1103. — « L'obligation *sans cause* ou *sur fausse cause* ne peut avoir aucun effet. »

L'obligation sans cause ou sur fausse cause est-elle valable? Y a-t-il quelque différence entre l'obligation sans cause et l'obligation sur fausse cause?

Y a-t-il donc quelque différence entre l'obligation *sans cause* et l'obligation *sur fausse cause?* Evidemment non. Comment, en effet, supposer qu'une personne consente à s'obliger si elle ne se propose quelque but qu'elle veut atteindre? Il n'y a qu'un fou qui puisse consentir à s'obliger ainsi. La première hypothèse que prévoit la loi rentre donc nécessairement dans la seconde : celui qui s'oblige le fait toujours dans un but qu'il veut atteindre; mais il est possible que ce but ne puisse pas être atteint. Mon père vous a légué tant de mesures de blé; nous convenons qu'au lieu de vous livrer le blé qui vous a été légué, je vous paierai 1,000 fr.; postérieurement à cette *novation*, je découvre un codicille qui contient la révocation du legs que vous avait fait mon père dans son premier testament : mon obligation repose sur une fausse cause. En effet, je vous ai promis de vous payer 1,000 fr., afin de me libérer d'une obligation dont je me croyais tenu et qui, en fait, n'existait point; je n'ai pas atteint le but que je m'étais proposé : mon obligation est nulle faute de cause.

L'obligation sur fausse cause est-elle nulle ou annulable seulement?

L'obligation sur fausse cause n'est pas seulement *annulable*, elle est *nulle*. Toutefois, il en est autrement lorsque l'erreur ne porte que sur *la substance de la cause*. Vous avez cru acheter un tableau de Rubens, le tableau n'est qu'une imitation : votre obligation n'est pas absolument dénuée de la cause sur laquelle elle repose; mais sa cause n'a pas la qualité principale, substantielle, que vous aviez en vue en contractant. Dans cette hypothèse, votre obligation subsiste, puisqu'elle a une cause; mais elle est imparfaite, *annulable*, puisque sa cause est elle-même imparfaite (M. Val.). — Voy. les nos 1042 et 1043.

Art. 1133.

Quid, de l'obligation sur cause illicite?

— L'obligation sur cause *illicite* est radicalement *nulle*. La cause est illicite, non-seulement lorsqu'elle est prohibée par la loi, mais encore lorsqu'elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Quid, si elle est illicite de la part de l'une des parties seulement?

1104. — Remarquons toutefois : 1° que, si le but que se propose l'une des parties est illicite, tandis qu'il est légitime chez l'autre, celle-ci peut invoquer le contrat et en demander l'exécution. Mon père, dont je suis héritier, a déposé chez vous une boîte de diamants; je n'ai aucun titre, et vous niez le dépôt; je vous propose alors cet arrangement : « Si vous voulez reconnaître le dépôt et vous engager à me le rendre, je vous paierai telle somme. » Vous acceptez : la convention est nulle quant à vous, car il y a immoralité à stipuler un salaire pour l'accomplissement d'une obligation dont on est tenu. Ainsi, vous ne pouvez point exiger la somme que je vous ai promise. Je puis, au contraire, invoquer contre

et la *cause* d'une obligation. L'*objet*, dit-il, c'est la réponse directe à cette question : *quid debetur?* La *cause*, c'est la réponse directe à cette question : *cur debetur?*

vous la convention que nous avons faite : car, de ma part, elle n'a rien d'illicite (1).

Quid, des donations faites sous des conditions illicites ?

2° Que les donations sont valables, quoique faites sous des conditions illicites (art. 900). Il en est autrement, cependant, lorsqu'il est démontré que le *but principal* du donateur a été d'obtenir l'accomplissement du fait illicite auquel il a subordonné sa libéralité. Dans ce cas, en effet, la convention cesse d'être une *donation ;* c'est alors un véritable contrat à titre onéreux, ce qui rend inapplicable la disposition de l'art. 900. Tel est, par exemple, le cas où je vous promets telle somme si vous assassinez un tel, qui est mon ennemi (2).

1105. — Nous examinerons, sous les art. 1376 et 1377, la question de savoir si la partie qui a exécuté une obligation dont la cause est illicite peut répéter ce qu'elle a payé.

Art. 1132.

Quel est le sens de cette disposition : « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée » ?

1106. — « La convention n'est pas moins valable, bien que la cause n'en soit pas exprimée. »

Voilà une disposition dont le sens est vraiment divinatoire. Et, d'abord, remarquons que la cause est toujours exprimée dans la *convention*. Comment, en effet, supposer que deux personnes fassent entre elles une convention, sans s'entendre sur le but qu'elles se proposent ?

La loi a voulu dire, mais elle s'est mal exprimée, que l'*acte*, l'écrit qui constate la convention, est valable lors même qu'il ne contient point l'énonciation de la cause.

Se peut-il que l'acte qui constate un contrat synallagmatique n'indique point la cause de chacune des obligations auxquelles il donne naissance ?

Maintenant, se peut-il que l'acte qui constate une convention ne contienne point l'énonciation de la cause ? Cela est évidemment impossible, lorsque la convention relatée dans l'acte est un contrat *synallagmatique*. On ne peut, en effet, relater un contrat *synallagmatique* dans un acte qu'à la condition d'y mentionner les obligations de chacune des parties (voy. les Form. 541 et 567); or, chacune de ces obligations sert de cause à l'autre (voy. le n° 1102). Donc, tout acte qui contient la preuve d'un contrat synallagmatique énonce en même temps et nécessairement la *cause* de chacune des obligations auxquelles ce contrat donne naissance (3).

Qu'est-ce qu'un billet *causé*?
Un billet *non causé*?

Il en est autrement de l'acte qui constate une convention *unilatérale :* l'obligation peut y être relatée, et la cause passée sous silence. Il y a donc des écrits *causés*, c'est-à-dire qui relatent l'obligation et sa cause, et des écrits *non causés*, c'est-à-dire qui constatent l'obligation sans indiquer sa cause. Ainsi, un billet est *causé* lorsqu'il est conçu en ces termes : « Je reconnais devoir à M... la somme de 1,000 fr. *qu'il m'a prêtée...* » Il est *non causé*, lorsqu'il porte : « Je reconnais devoir à M... la somme de... Je paierai à M... la somme de... »

(1) MM. Dur., t. X, n° 366; Val.
(2) M. Dur., t. X, n° 364.
(3) MM. Val.; Marc., art. 1132.

— Un billet non causé est-il valable ? peut-il faire preuve en justice? Cette question avait été agitée dans notre ancien droit. Le Code la résout affirmativement. Sa pensée est donc celle-ci : l'acte qui constate une convention unilatérale est valable, quoiqu'il n'énonce pas la cause de l'obligation; en d'autres termes, le billet, quoique non causé, peut faire preuve en justice.

Un billet non causé est-il valable? peut-il faire preuve en justice?

En d'autres termes, celui qui est muni d'un billet non causé doit-il prouver que l'obligation qui y est relatée a une cause?

Est-ce, au contraire, au signataire de l'acte à prouver qu'elle n'en a pas?

Ainsi, la personne munie d'un titre par lequel Paul se reconnaît débiteur n'a pas besoin de prouver la réalité ou l'existence de la cause de l'obligation; c'est au signataire à prouver que la cause énoncée dans l'acte est fausse, ou, si l'acte n'est point causé, à prouver qu'il n'en existe aucune.

1107. — Ce système est universellement admis pour le cas où l'écrit porte: « *Je reconnais devoir...* » Dans cette hypothèse, tout le monde convient que la personne qui présente ce titre fait preuve suffisante et complète de l'existence de sa créance. Les mots : « *Je reconnais devoir...* » contiennent, en effet, de la part du signataire, *l'aveu* d'une obligation préexistante ; or, l'aveu fait preuve complète en justice. Que si le signataire prétend que l'obligation dont il s'est déclaré tenu manque de cause, il affirme par là même que c'est par *erreur* qu'il s'est reconnu débiteur. Qu'il prouve donc son erreur, en établissant que l'obligation relatée dans l'acte n'a point de cause !

1108. — Au contraire, lorsque le billet est conçu en ces termes : « Je paierai..., je promets de payer... telle somme à M..., » la question de savoir si c'est au porteur à établir qu'il existe une cause véritable ou au signataire à prouver qu'il n'en existe point, est vivement controversée. Je n'hésite pas à la résoudre en faveur du porteur : il présente un titre que la loi déclare *valable;* ce titre, étant *valable*, doit faire preuve en justice de ce qu'il contient. Or, que contient-il? *la promesse de payer telle somme.* Ces termes de l'acte sont amphibologiques. Le signataire a-t-il entendu faire indirectement une libéralité, ou bien reconnaître une obligation préexistante à la date de l'acte? Il n'y a pas d'autre interprétation possible; mais laquelle des deux doit être admise? La seconde, évidemment, et pour deux raisons décisives :

1° Les libéralités ne se présument point : donc on ne doit pas supposer que le signataire de l'acte a entendu faire une libéralité.

2° Ce serait d'ailleurs aboutir à une nullité que supposer qu'il a voulu, en signant cet acte, s'obliger à titre gratuit : car les libéralités ne sont valables et obligatoires qu'autant qu'elles sont faites par un acte notarié (art. 931); or, aux termes de l'article 1157, lorsqu'un acte est susceptible d'être interprété de diverses manières, la loi veut qu'on l'entende plutôt dans le sens avec lequel il peut produire quelque effet que dans le sens avec lequel il n'en peut produire aucun.

Si le signataire n'a pas voulu déguiser une libéralité, évidemment il a entendu se reconnaître débiteur d'une obligation antérieure; il n'y a pas d'autre sens possible. Donc le billet conçu en

ces termes : « Je paierai, je promets de payer... » doit être entendu en ce sens : « Je paierai, je promets de payer la somme *que je dois* à M... » Donc ce billet, comme le premier, contient, de la part du signataire, *l'aveu d'une dette*. Cet aveu a pu, sans doute, être fait par erreur, extorqué par dol ou obtenu par violence; mais l'erreur, le dol, la violence ne se présument point! Tant que le signataire n'établit point l'existence de l'un de ces faits, l'aveu qu'il a fait en signant l'acte qu'on lui oppose conserve toute sa force (1).

1109. — On fait contre ce système plusieurs objections :

1° Si le billet : « *Je reconnais* DEVOIR... » fait preuve en justice, c'est qu'il contient *l'aveu* d'une dette. Mais le billet : « *Je promets de payer, je paierai...* » ne contient au contraire aucun *aveu;* le signataire ne s'est point reconnu débiteur : l'acte qu'on lui oppose ne peut donc pas faire preuve contre lui.

J'ai déjà montré que le billet : « *Je paierai, je promets de payer...* » contient, sinon un aveu *formel*, au moins un aveu *tacite*, de l'existence d'une dette valable et préexistante à la rédaction de l'acte. Et, en effet, dire qu'on paiera telle somme à quelqu'un, n'est-ce pas mentalement et implicitement dire qu'on paiera telle somme dont on est débiteur?

Il n'y a, en réalité, aucune différence entre le billet : « *Je reconnais devoir...* » et le billet : « *Je paierai...* », sauf que le premier contient un aveu *exprès*, tandis que dans le second l'aveu est *tacite*.

2° L'obligation sans cause est nulle. Celui qui prétend qu'une obligation existe à son profit doit, par conséquent, prouver que cette obligation a une cause : car, s'il ne le fait pas, il ne prouve point que le droit qu'il invoque est valable.

Ma réponse est bien simple. Le demandeur qui présente un billet signé de celui qu'il poursuit fait preuve d'une obligation *valable*, puisque cet écrit contient, de la part du signataire, *l'aveu d'une dette*. Sa preuve est faite; elle est complète, à moins que le signataire de l'acte ne la fasse tomber en établissant qu'il était incapable, mineur, par exemple, lorsqu'il a signé l'acte qu'on lui oppose, ou qu'il l'a signé par suite d'une erreur, d'un dol ou d'une violence.

3° Les causes d'obligations sont fort nombreuses ; or, si le signataire doit prouver l'inexistence de la cause, comment le pourra-t-il? S'il prouve que telle cause n'existe point, par exemple, qu'il n'a point reçu *à titre de prêt* la somme que lui réclame le porteur du billet, celui-ci lui dira : « Mais, si vous n'êtes pas mon débiteur comme *emprunteur*, peut-être l'êtes-vous à un autre titre. » C'est donc réduire le signataire à l'impossible que d'exiger

(1) MM. Val.; Marc., art. 1315; Demol., t. I, nos 361 et suiv. — *Contrà*, MM. Dur., t. X, no 355; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 22 et 222; Bonnier, *Traité des preuves*, no 557. Ce dernier auteur a changé d'avis dans sa 3e édition (t. II, nos 679 et suiv.).

de lui qu'il prouve que l'obligation dont on demande contre lui l'exécution manque de cause. En d'autres termes, l'inexistence de la cause est un fait *négatif;* la preuve d'un fait *négatif* est impossible; or, on ne peut pas imposer à quelqu'un l'obligation d'établir ce qui ne peut pas être prouvé.

Cette objection repose sur un principe faux. La preuve d'un fait *négatif* n'est, en effet, ni plus ni moins difficile que la preuve d'un fait *affirmatif*, puisque toute négation peut se transformer en l'affirmation d'un fait positif (voy. le n° 1516). Ainsi, lorsque je prétends que l'obligation dont j'ai reconnu l'existence est nulle faute de cause, j'affirme par là même que c'est par erreur, dol, violence ou folie, que j'ai fait cet aveu; or, l'erreur, le dol, la violence, la folie, sont des faits positifs qui tombent parfaitement en preuve.

Ce système est confirmé par la loi elle-même. Lorsqu'une personne répète une somme qu'elle prétend avoir payée par erreur, elle ne peut réussir dans sa demande qu'à la condition d'établir qu'*elle ne devait point* la somme qu'elle répète, et que c'est par erreur qu'elle l'a payée (art. 1377); or, s'il est vrai, et personne ne le conteste, que le demandeur en répétition doit prouver qu'*il n'était point débiteur* de la somme qu'il a payée, n'est-il pas évident qu'il doit en être de même à l'égard du défendeur qui prétend que la dette dont il a fait l'aveu *n'existe point?* Les deux espèces sont absolument identiques : dans l'un et l'autre cas, la question soulevée est, en effet, celle de savoir si telle dette, dont l'existence a été reconnue, et qui maintenant est niée, existe ou non.

4° Si le billet : *Je promets de payer... Je paierai...* devait faire preuve en justice, si le signataire ne pouvait en paralyser l'effet qu'à la condition de prouver qu'il n'est point réellement débiteur, rien ne serait plus facile que d'éluder la loi qui prescrit des solennités pour les actes portant donation.

Si cette objection était fondée, il faudrait alors aller jusqu'à dire que le billet : *Je reconnais devoir*, n'a aucune force probante : car, on le conçoit, il est tout aussi facile de déguiser une libéralité sous la forme du billet : *Je reconnais devoir*, que sous celle du billet : *Je promets de payer*.

Il faudrait aller plus loin encore, et refuser toute espèce de force probante aux actes sous seing privé, quels qu'ils soient, causés ou non : car l'écrit qui constate un contrat de prêt, de dépôt ou de vente, peut tout aussi bien contenir une libéralité déguisée que le billet qui n'indique point la cause de l'obligation qu'il relate.

1110.—Lorsque le billet est causé et que le souscripteur prouve la fausseté de la cause énoncée, l'obligation n'est pas nécessairement nulle : tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle n'a pas la cause indiquée dans l'acte; mais il n'est pas établi qu'elle n'en ait aucune. Dans cette hypothèse, c'est au porteur à prouver l'existence

C'est au signataire du billet causé à prouver que la cause énoncée est fausse. Si cette preuve est faite, l'obligation est-elle nécessairement nulle ? N'est-ce pas alors

au porteur à prouver l'existence d'une cause réelle ?

d'une cause réelle : car, par cela même que celle qui avait été énoncée au contrat a été reconnue fausse, il y a présomption légale que l'obligation est sans cause (1).

Le signataire d'un billet non causé ne peut-il pas exiger que le demandeur dise quelle est, selon lui, la cause de l'obligation ?

A-t-il toujours cette ressource ?

1111. — Le signataire d'un billet non causé peut exiger que le porteur dise quelle est, selon lui, la cause de l'obligation ; et, s'il prouve que la cause indiquée est fausse, c'est alors au porteur à prouver l'existence d'une autre cause.

Toutefois, le signataire serait privé de cette ressource s'il était poursuivi, non pas par le porteur originaire, mais par son héritier. Celui-ci peut, en effet, légitimement dire : « Vous êtes débiteur du défunt ; voilà un titre signé de vous qui en fait foi. Quant à la cause de votre obligation, je ne puis pas l'indiquer » (M. Val.).

CHAPITRE III. — DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

22e *Répétition.*

La rubrique de ce chapitre : « De l'effet des obligations, » est-elle exacte ?

Quels sont les effets des *conventions* ?

Des *obligations* ?

1112. — Il ne faut pas confondre l'effet des *obligations* avec l'effet des *conventions*.

Les *conventions* ont pour effet de créer, de modifier ou d'éteindre des obligations, et souvent d'opérer une mutation de propriété (voy. le n° 1026).

Les *obligations* ont pour effet les conséquences légales qu'elles entraînent avec elles : c'est, d'une part, leur exécution volontaire, et, d'autre part, leur exécution forcée quand le débiteur ne les exécute point volontairement.

Vous refusez de me payer la somme d'argent que vous me devez ; je saisis vos biens, et, après les avoir fait vendre, je me fais payer sur le prix obtenu : ce paiement forcé est une suite, un effet, de votre obligation. — Je vous fais condamner à des dommages et intérêts, parce que vous refusez d'accomplir le fait que vous m'avez promis : cette condamnation est aussi une suite, un effet, de votre obligation. — Nous avons fait un contrat synallagmatique que vous refusez d'exécuter ; je demande la résolution du contrat, et vous fais, en outre, condamner à des dommages et intérêts (art. 1184) : cette résolution du contrat est encore un effet de votre obligation.

Ainsi, saisie des biens, condamnation à des dommages et intérêts, résolution du contrat, tels sont les effets principaux des obligations.

1113. — Le Code traite ici des *obligations* et des *conventions*. C'est donc à tort que la rubrique de notre chapitre porte : *De l'effet des obligations*. La loi eût été plus exacte si elle eût dit : Des effets des *obligations* et des *conventions* (2).

(1) MM. Dur., t. X, no 351 ; Val.
(2) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 62.

SECTION I. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Art. 1134 et 1135.

Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites : quelle différence y a-t-il entre cette loi et une loi générale ?

1114. — « Les conventions tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites. » — Lorsque les juges, appelés à statuer sur un différend qui leur est soumis, font une fausse application d'une loi générale, leur décision, renfermant une *erreur sur le droit*, peut être soumise à la censure du tribunal de cassation et cassée par lui. Il n'en est pas de même lorsqu'ils se trompent sur le sens d'une convention, lorsqu'ils l'interprètent mal. La Cour de cassation, en effet, tient toujours pour constants, pour vrais, les faits qui sont l'objet de la décision soumise à son examen : son rôle se borne à rechercher si les juges ont ou non appliqué justement la loi aux faits, tels qu'ils sont posés dans le jugement. Au premier cas, elle maintient le jugement ; elle le casse, au second. Or, lorsqu'un tribunal interprète mal la convention sur laquelle plaident les parties ; lors, par exemple, qu'il décide en fait qu'elle est un *échange*, tandis qu'elle est une *vente*, il n'y a là qu'une *erreur de fait* qui échappe à la censure du tribunal de cassation.

Mais, bien entendu, il en serait autrement si, après avoir reconnu que la convention est tel contrat, par exemple une vente, le tribunal lui faisait l'application des règles qui sont propres à un autre contrat, par exemple à l'échange : il y aurait alors violation d'une loi générale, et, par conséquent, *erreur de droit* (1).

Comment les conventions peuvent-elles être révoquées?

Qu'est-ce que *révoquer* un contrat?

Lorsqu'une vente ou tout autre contrat a été conclu, les parties peuvent-elles le *révoquer* ?

1115. — « Les conventions ne peuvent être *révoquées que du consentement mutuel des parties* ou *pour les causes que la loi autorise.* »

— « *Du consentement mutuel des parties...* » *Révoquer* un contrat, c'est l'anéantir, non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé ; c'est remettre les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat. Cette révocation absolue est impossible : un contrat ne peut point, *quant aux effets déjà produits, réalisés*, être révoqué, anéanti : car il est impossible aux parties de faire que les effets auxquels il a donné naissance n'aient pas existé. — Je vous ai vendu ma maison ; nous nous repentons, vous d'avoir acheté, moi d'avoir vendu : pouvons-nous mettre *à néant* notre contrat, l'effacer, le révoquer en un mot ? Nous ne le pouvons point ! Dès l'instant du contrat, vous êtes devenu propriétaire de la maison que je vous ai vendue ; je suis devenu créancier du prix ; et nous ne pouvons point faire que ces deux effets, qui ont été produits, ne l'aient pas été. Cette révocation, si elle était permise, blesserait les droits d'autrui. Je vous suppose marié, tuteur ; je suppose encore que vos créanciers ont obtenu contre vous des jugements : la maison que vous avez achetée a été, dès l'instant qu'elle est entrée dans votre patrimoine, grevée des hypothèques que la loi accorde aux femmes mariées, aux mineurs, aux créanciers judiciaires (art. 2121, 2122, 2123) ; or, ces hypothèques, si le contrat

(1) MM. Dur., t. X, nos 379 et 380; Val.

était révoqué, seraient anéanties en même temps que votre droit de propriété, ce qui serait injuste.

Y a-t-il *révocation* de la vente si l'acheteur revend à son vendeur, et pour le même prix, la chose qu'il a achetée ?

Je puis, il est vrai, racheter de vous la maison que je vous ai vendue; mais cette convention nouvelle n'est pas une révocation de notre contrat primitif. Un nouveau contrat intervient alors qui opère une mutation de propriété. L'Etat perçoit, en conséquence, un nouveau droit de mutation, et je reçois de vous ma maison, dans l'état où elle était en vos mains au moment de notre second contrat, c'est-à-dire avec toutes les servitudes ou hypothèques qui la grevaient de votre chef.

Quels sont donc les contrats que les parties peuvent révoquer par leur consentement mutuel?

Ainsi, les contrats dont les effets se trouvent réalisés dès l'instant qu'ils existent ne sont point révocables au gré des parties. Cette révocation n'est possible que pour les contrats qui produisent des effets *dans l'avenir*, *des effets successifs*. Tel est, par exemple, le contrat de louage. Lorsque je vous ai loué ma maison, je dois vous en faire jouir aujourd'hui, demain, tous les jours, jusqu'à la fin du bail; mon obligation est *successive*, elle se répète *quotidiè*. Il en est de même de votre côté : car vous ne devez le prix de location qu'en proportion du temps pendant lequel je vous procure la jouissance de ma maison : si demain, par exemple, je ne puis plus accomplir mon obligation, parce que la maison louée a péri, demain s'arrêtera pour vous l'obligation de payer le prix de location. Voilà les contrats que nous pouvons révoquer; leur révocation les supprime quant aux effets qu'ils devaient produire dans l'avenir.

N'y a-t-il point des contrats de cette nature qui peuvent être révoqués par l'une des parties seulement?

D'autres qui ne peuvent pas l'être, lors même que les deux parties sont d'accord à cet effet?

1116. — Remarquons : 1° qu'il y a des contrats qui peuvent, quant aux effets à produire dans l'avenir, être révoqués *par une seule des parties :* tels sont, par exemple, le contrat de société, lorsque sa durée est illimitée (art. 1869), le contrat de mandat (art. 2003); 2° et, à l'inverse, qu'il y a des contrats que les parties, *lors même qu'elles sont d'accord*, ne peuvent pas révoquer : tels sont le mariage et le contrat de mariage (art. 1395).

Les conventions ne peuvent-elles point être révoquées *pour certaines causes*?

« Ou pour les causes que la loi autorise... » Ainsi, par exemple, le contrat de vente peut être révoqué pour cause de dol, de violence, d'erreur, d'incapacité, pour défaut de paiement du prix par l'acheteur. Remarquez que, dans ces différentes hypothèses, il s'agit d'une *révocation* proprement dite. Le contrat est effacé, anéanti, même rétroactivement; les choses sont, en un mot, remises au même état que s'il n'eût point existé (voy. l'expl. des art. 1183 et 1184).

Comment les conventions doivent-elles être exécutées?

A quoi obligent-elles?

1117. — « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi.. » Nous n'avons donc plus, comme en droit romain, des contrats *de bonne foi* et des contrats *de droit strict*. Ainsi, « les conventions obligent, non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi, donnent à la convention d'après sa nature. »

SECTION II. — DE L'OBLIGATION DE DONNER.

Art. 1136.

Qu'est-ce que l'obligation de *donner* ?
Quelle obligation engendre-t-elle ?
Fait-elle toujours naître l'obligation de *livrer* ?

1118. — « L'obligation de *donner* emporte l'obligation de *livrer* la chose et de la *conserver*, à peine de *dommages et intérêts.* »

« Obligation de *donner*... » C'est l'obligation de transférer la propriété d'une chose, ou un démembrement du droit de propriété, tel qu'un droit d'usufruit ou d'usage.

« Elle emporte l'obligation de *livrer*... » Cela est vrai à la lettre, lorsque l'obligation de donner a pour objet soit la pleine propriété, soit un droit d'usufruit : le débiteur est alors obligé de livrer la chose même qui a fait l'objet du contrat. Il en est différemment lorsqu'elle a pour objet une servitude réelle, telle qu'une servitude de passage ou de vue : la chose sur laquelle la servitude est établie reste entre les mains du propriétaire ; la délivrance consiste alors dans l'exercice que le créancier fait du droit qui lui a été cédé (art. 1607).

L'obligation de livrer n'emporte-t-elle point à son tour une autre obligation ?
Quels soins le débiteur doit-il apporter à la conservation de la chose due ?
Quelle était, selon nos anciens auteurs, la théorie du droit romain sur ce point ?

1119. — « L'obligation de *livrer* emporte l'obligation de *conserver* la chose qu'elle a pour objet... » Mais jusqu'à quel degré doit aller la vigilance du débiteur ? Quels soins doit-il à la conservation de la chose qu'il est tenu de livrer ? Quelles fautes engagent sa responsabilité ? Nos anciens auteurs, et notamment Pothier, distinguaient, à cet égard, trois espèces de fautes : la faute *lourde*, la faute *légère*, la faute *très-légère;* et trois natures de contrats : le contrat fait dans l'intérêt exclusif du créancier, le contrat fait dans l'intérêt exclusif du débiteur, le contrat fait dans l'intérêt réciproque du créancier et du débiteur.

On appelait faute *lourde* celle que ne commet point le débiteur dans la gestion *de ses propres affaires ;* faute *légère,* celle que ne commet point un bon père de famille, c'est-à-dire un administrateur soigneux et diligent ; faute *très-légère*, celle que ne commet point un père de famille quand il est très-diligent et très-habile.

Le soin dont était tenu le débiteur variait suivant la nature du contrat d'où était née l'obligation de conserver.

Était-elle née d'un contrat fait dans l'intérêt exclusif du créancier : le débiteur n'était responsable que de sa faute lourde, qui, à cause de son énormité, était assimilée au dol. Ainsi, par exemple, le dépositaire ne devait à la conservation de la chose déposée que les mêmes soins qu'il apportait aux siennes.

... D'un contrat fait dans l'intérêt exclusif du débiteur : celui-ci répondait même de sa faute très-légère. Ainsi, par exemple, l'emprunteur à usage devait à la conservation de la chose tous les soins que l'administrateur le plus vigilant apporte aux siennes.

... D'un contrat fait dans l'intérêt réciproque des parties : le débiteur était tenu de sa faute légère, et, à plus forte raison, de sa faute lourde ; mais sa faute très-légère n'engageait pas sa responsabilité. Ainsi, le vendeur et le locataire devaient apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un administrateur soigneux et diligent.

Le Code l'a-t-il reproduite?

Les deux alinéas de l'art. 1137 ne sont-ils pas, en apparence, contradictoires sur ce point?

1120. — Le Code a-t-il reproduit cette division *tripartite* des fautes? La négative n'est pas douteuse, si nous ne consultons que le premier alinéa de l'art. 1137. Cette première disposition est ainsi conçue: « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet *que l'utilité de l'une des parties*, soit qu'elle ait pour objet *leur utilité commune*, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins *d'un bon père de famille*. » L'abrogation est formelle! Que le contrat ait eu pour objet l'utilité de l'une des parties seulement, ou qu'il ait eu pour objet l'utilité de chacune d'elles, le principe est le même: dans l'un et l'autre cas, le débiteur doit à la conservation de la chose *les soins d'un bon père de famille*.

Mais le second alinéa du même article semble reproduire l'ancienne distinction. Il y est dit: « Cette obligation est *plus* ou *moins* étendue relativement *à certains contrats*, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les Titres qui les concernent. »

Ne peut-on pas cependant les concilier?

Cette seconde disposition abroge-t-elle la première? Reproduit-elle la théorie de l'ancien droit? Je ne le pense pas. Un législateur ne s'amuse point à établir des règles pour les abroger immédiatement. Le principe subsiste donc. Dans tous les cas, c'est-à-dire *quelle que soit la nature du contrat qui a donné naissance à l'obligation de conserver*, le débiteur est tenu de sa faute *légère*: il ne suffit pas qu'il apporte à la conservation de la chose les soins qu'il apporte aux siennes. On n'exige pas qu'il soit aussi diligent, aussi soigneux, que l'administrateur qui l'est le plus. La loi se place entre ces deux extrêmes: elle veut qu'il agisse *en bon père de famille*. Telle est la règle consacrée par la première disposition de notre art. 1137.

La seconde y apporte un tempérament. Le point de comparaison, *le type d'un bon père de famille*, que la loi donne aux juges pour les guider dans leur appréciation, n'est pas rigoureusement défini: les juges peuvent, et c'est dans cette faculté que consiste le tempérament que la seconde disposition de l'art. 1137 apporte à la première, les juges, dis-je, peuvent, dans certains cas que la loi détermine, s'en faire une idée plus ou moins rigoureuse. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1992 la responsabilité du mandataire est appliquée moins rigoureusement à celui qui gère gratuitement qu'à celui qui reçoit un salaire (M. Val.).

N'existe-t-il pas un cas où le débiteur ne doit pas à la conservation de la chose due tous les soins d'un bon père de famille?

1121. — Je dois signaler toutefois deux exceptions:

1° Il existe un cas où le débiteur ne répond que de sa *faute lourde*: le dépositaire, qui ne reçoit aucun salaire, ne doit, en effet, à la conservation de la chose que les soins qu'il apporte aux siennes (art. 1927).

Et, à l'inverse, un cas où il ne suffit point qu'il apporte à la conservation de la chose due tous les soins d'un bon père de famille?

2° A l'inverse, il existe un cas où le débiteur est tenu *même de sa faute très-légère*. Nous verrons, en effet, quand nous expliquerons l'art. 1882, que l'emprunteur à usage doit à la conservation de la chose *plus* que les soins d'un bon père de famille.

1122. — Les art. 1138, 1140 et 1141 déterminent comment la

propriété se transfère par acte entre-vifs. La fin de l'art. 1138 et l'art. 1139 contiennent la théorie des risques. Ces deux matières sont fort importantes; elles méritent une sérieuse attention.

En ce qui touche la propriété, nous examinerons comment elle se transfère : 1° entre les parties contractantes; 2° à l'égard des tiers.

§ I. — *Comment se transfère la propriété entre les parties contractantes.*

Art. 1138.

Combien y a-t-il de règles ou de principes dans l'art. 1138 ?

N'a-t-il pas donné lieu à deux explications?

1123. — L'art. 1138 est ainsi conçu : « L'obligation de livrer la chose est *parfaite* par le seul consentement des parties ; — elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, *dès l'instant où elle a dû être livrée*, encore que la tradition n'en ait point été faite, *à moins que le débiteur ne soit en demeure* de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. »

Cet article contient trois propositions, trois principes :

1° L'obligation est parfaite par le seul consentement des parties; — 2° cette obligation rend le créancier propriétaire, encore que la tradition de la chose n'ait pas été faite; — 3° elle met la chose aux risques et périls du créancier devenu propriétaire.

Les commentateurs ne sont pas d'accord sur la manière d'expliquer la première et la seconde disposition : deux systèmes sont en présence. Il importe de les connaître.

Comment, dans la première, entend-on la règle que l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties » ?

Quel est le sens du mot *parfaite* ?

De ces mots : *par le seul consentement des parties* ?

Le seul consentement suffit-il toujours ?

Les mots : *l'obligation de livrer*, sont-ils exacts?

Par quels autres mots faut-il les remplacer ?

1124. — PREMIÈRE EXPLICATION. — « L'obligation de livrer est *parfaite* par le seul consentement des parties... »

« Est *parfaite*..., » c'est-à-dire *créée*, *formée*, engendrée...

« *Par le seul consentement des parties*..., » c'est-à-dire indépendamment de toute solennité. Dès que les parties sont d'accord, l'obligation existe : *solus consensus obligat*.

Dans le cas où, par exception, le contrat est solennel, la disposition de notre article cesse d'être vraie. Ainsi, dans la donation et dans la constitution d'hypothèque, l'obligation n'est *parfaite* qu'autant que la volonté des parties a été manifestée selon les formes prescrites par la loi (voy. le n° 1035).

« *Elle* rend le créancier propriétaire... » *Elle*... c'est-à-dire l'obligation de *livrer*, l'obligation qui est formée par le seul consentement des parties.

Nous avons ici à signaler une double inexactitude :

1° Ce n'est pas *l'obligation* qui rend le créancier propriétaire : car une obligation n'a et ne peut avoir d'autre effet que de donner au créancier le moyen de contraindre le débiteur à exécuter sa promesse. Ce qui le rend propriétaire, c'est la *convention* (voy. les n°s 8 et 1112).

2° La convention de *livrer* une chose ne rend point le créancier propriétaire de cette chose. Ainsi, le locataire d'une maison n'en acquiert point la propriété, bien que son locateur soit convenu avec lui de la lui *livrer*. Ce qui rend le créancier propriétaire, c'est

la convention de *donner*, c'est-à-dire la convention par laquelle l'une des parties promet à l'autre la propriété de la chose.

Ainsi, les mots : *l'obligation de livrer*... doivent être remplacés par ceux-ci : *la convention de donner*... C'est cette convention qui est parfaite (*obligatoire*) par le seul consentement des parties; c'est elle qui rend le créancier propriétaire.

La phrase : « Dès l'instant où elle a dû être livrée, » est-elle exacte? Par quelle autre phrase faut-il la remplacer?

— « Dès l'instant où elle a dû être livrée... » Nouvelle inexactitude. Cette formule, si elle était prise à la lettre, signifierait, en effet, que, dans les conventions *à terme*, la propriété est transférée non pas du jour du contrat, mais du jour de l'échéance du terme; or, c'est précisément le contraire qui a lieu. Le terme ne suspend point les effets que le contrat doit produire; il n'en suspend que l'exécution (art. 1185). Ainsi, lorsque je vous vends ma maison et que je me réserve le droit de l'habiter encore pendant un an, vous en êtes propriétaire dès le jour même du contrat, quoique je ne doive pourtant vous la livrer que dans un an. Vous en êtes propriétaire *hic et nunc;* seulement, vous ne pourrez la revendiquer et l'utiliser à votre profit qu'après que le terme convenu sera expiré. Remplaçons donc la formule de la loi par celle-ci : *dès l'instant où est née l'obligation de donner*. — Toutefois, les parties pourraient reculer, par une clause expresse, la mutation de propriété jusqu'à l'échéance du terme. Cette convention n'a rien de contraire à l'ordre public, et la loi ne la prohibe pas.

Quel est le sens de ces mots : « encore que la tradition n'en ait pas été faite » ? Ne renferment-ils point une innovation?

— « Encore que la tradition n'en ait pas été faite... » Théorie nouvelle! En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, la convention de donner est simplement productive d'*obligations :* elle crée des droits personnels, des *créances;* mais elle ne déplace point la propriété, qui n'est transférée que par un fait nouveau et postérieur au contrat. Celui qui a promis de transférer la propriété de la chose devient donc *débiteur* avant d'être *aliénateur;* il n'a pas encore aliéné, mais il est *obligé d'aliéner :* il aliène en exécutant son obligation, c'est-à-dire en livrant la chose due. Celui auquel cette promesse a été faite devient *créancier* avant d'être *acquéreur;* il n'est pas encore propriétaire, mais il a le droit d'exiger qu'on lui transfère la propriété promise : c'est le paiement de sa créance, c'est-à-dire la tradition de la chose due, qui le rend propriétaire.

Il n'en est plus de même aujourd'hui. La mutation de propriété est un effet de la convention aussi immédiat, aussi direct, que la création des obligations : celui qui a valablement promis la propriété de sa chose devient *aliénateur* en même temps que *débiteur;* celui auquel elle était promise en devient *acquéreur* en même temps que *créancier*. Le débiteur devra sans doute livrer la chose promise; mais cette tradition n'aura d'autre objet que de fournir à l'acquéreur le moyen de se servir de la chose dont la propriété lui a été transmise par l'effet du contrat, de l'employer à l'usage auquel il la destine, d'en disposer.

Comment, dans la

1125. — SECONDE EXPLICATION. — La première, on se le rap-

pelle, fait subir à l'art. 1138 plusieurs corrections ; ici, on le prend tel qu'il est, et on explique chacun de ses termes.

seconde explication, entend-on la règle que l'obligation de livrer est *parfaite* par le seul consentement des parties ? Comment traduit-on le mot *parfaite* ?

« L'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties... » *Est parfaite*... Nous avons, dans le premier système, traduit ces mots par : *est formée*. Le seul consentement des parties, avons-nous dit, suffit pour *former*, pour *créer* l'obligation de donner.

M. Valette rejette cette interprétation. Suivant lui, le mot *parfaite* se rapporte, non pas à la *formation* de l'obligation, mais à son *exécution* : « L'obligation, dit-il, est *parfaite*, en ce sens qu'elle est *exécutée*, *accomplie*, par le seul consentement des parties. »

Comprenons bien cette donnée.

Dans notre ancien droit, la convention de donner ne transfère point la propriété : c'est la tradition qui opère cet effet. Mais il n'est point nécessaire que cette tradition soit *réelle ;* elle peut être *feinte* ou *consensuelle*. Ainsi, lorsque je vends ma maison et que, par une clause particulière du contrat, je consens à me *dessaisir* de la chose vendue, déclarant que je la tiendrai dorénavant au nom et pour le compte de l'acheteur, cette clause constitue une tradition FEINTE ou *consensuelle* qui opère la mutation de propriété (1).

Le Code a généralisé cette idée. Cette tradition feinte, cette tradition qui, dans l'ancien droit, résulte de la volonté *expresse* des parties, est, sous l'empire du Code, supposée dans tous les cas.

Ainsi, l'art. 1138 ne dit point que la propriété se transfère, indépendamment *de toute tradition*, par le seul effet de la convention. Sa pensée est celle-ci : La tradition est toujours nécessaire pour opérer la mutation de propriété ; mais il n'est point nécessaire que la chose soit livrée *réellement :* une tradition *feinte* ou *consensuelle* suffit, et cette tradition consensuelle est toujours supposée.

(1) *Voy.* Poth., *Vente*, n° 322. — L'art. 278 de la coutume d'Orléans porte : « Dessaisine et saisine faites par-devant notaire, de la chose aliénée, valent et équipollent à tradition de fait et possession prise de la chose, sans qu'il soit requis autre appréhension. »

Lors donc que le vendeur ou le donateur déclarait par acte notarié qu'il se dessaisissait de la chose vendue ou donnée, qu'il en saisissait l'acheteur ou le donataire, cette déclaration, qui tenait lieu de la tradition réelle, transférait la propriété promise. Il est probable que cette clause devint de style, et qu'on dut fréquemment rencontrer dans les actes la clause : *s'en est dessaisi et dévêtu, et en a saisi et vêtu ledit tel.* En conséquence, la tradition réelle dut perdre de son importance, et l'obligation de donner, lorsqu'elle avait pour objet un corps certain, dut facilement se confondre avec la translation même de la propriété (M. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 71).

Cette clause de dessaisine, qui équivalait, quand elle était écrite dans les actes, à une tradition réelle, est aujourd'hui sous-entendue dans tous les contrats. Telle est, selon M. Valette, l'idée que les rédacteurs du Code entendent exprimer lorsqu'ils disent que l'obligation de livrer est *parfaite par le seul consentement des parties*. — Voy., en ce sens, Marc., art. 1138 ; M. Demol., t. I, nos 414 et suiv.

Cela revient à dire que la propriété se transfère par le seul effet de la convention. Il eût donc été plus simple de s'exprimer en ce sens; mais l'influence des anciens principes domine souvent les novateurs les plus hardis. Les rédacteurs du Code, placés en présence de l'ancien système, qui exigeait, pour opérer la mutation de propriété, une tradition soit *réelle*, soit *fictive*, mais *expresse*, n'osent point l'abroger directement. Ils font comme le préteur romain : ils abrogent par un détour le principe qu'ils semblent respecter.

On cite à l'appui de ce système : 1° les travaux préparatoires du Code, où il est plus d'une fois consacré en termes formels (1); 2° la rédaction de l'art. 938 : « La donation, y est-il dit, sera *parfaite* par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin *d'autre tradition*. » *D'autre* tradition !... Une tradition a donc déjà eu lieu ! et quelle tradition a pu être faite, si ce n'est cette tradition fictive qui est sous-entendue dans tous les contrats?

Comment explique-t-on la phrase : « *Elle* rend le créancier propriétaire ? »

— « Elle rend le créancier propriétaire. » *Elle*..., c'est-à-dire l'obligation de livrer réputée accomplie, exécutée ; *elle*, c'est-à-dire la tradition *sous-entendue dans le contrat*, tradition qui s'opère par le seul consentement des parties, tradition qu'elles sont présumées, sauf déclaration contraire, avoir tenue pour accomplie.

La phrase : « Dès l'instant où elle a dû être livrée ? »

— « Dès l'instant où elle a dû être livrée... » La loi veut dire que la tradition civile ou feinte, d'où résulte la mutation de propriété, a lieu à partir du moment que les parties ont fixé. Ce moment, lorsqu'elles n'ont pas expressément dit le contraire, est le moment même du contrat. Il en est ainsi lors même que le contrat est à terme. Mais elles sont libres de renvoyer à une autre époque la mutation de propriété. Ainsi, je puis, dès à présent, vous vendre ma maison et stipuler que j'en resterai propriétaire pendant un an encore : dans cette hypothèse, la tradition, qui, selon les anciens principes, serait nécessaire pour opérer la mutation de propriété, est aujourd'hui réputée accomplie à l'échéance du terme.

La phrase : « Sans qu'il y ait besoin de tradition » ?

— « Sans qu'il y ait besoin de tradition... » c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin de tradition *réelle*.

Les deux systèmes n'aboutissent-ils point au même résultat ?
Quel est ce résultat ?

1126. — En résumé, on voit que, si les deux explications sont différentes quant à la manière d'entendre les termes de l'article 1138, toutes les deux aboutissent au même résultat, savoir : *que la propriété se transfère aujourd'hui par le seul effet de la convention.*

La convention de donner est-elle toujours translative de propriété ?

Par exception, la convention de donner est simplement productive d'obligations et non translative de propriété :

1° Lorsqu'elle a pour objet un corps certain appartenant à autrui ;

2° Lors même qu'elle a pour objet un corps certain appartenant à celui qui a promis d'en transférer la propriété, si les parties

(1) « Il s'opère, par le seul effet du contrat, une sorte de *tradition civile* qui consomme le transport de la propriété... » (M. Portalis, sur l'art. 1583.)

ont renvoyé à une époque ultérieure la mutation de la propriété;

Quel effet produit-elle quand elle a pour objet une chose qui n'est déterminée que quant à l'espèce?

Dans ce cas, quand et comment la propriété est-elle transférée?

3° Lorsqu'elle a pour objet une chose déterminée seulement quant à son *espèce*. Je vous vends ma maison, mon cheval, la barrique de vin qui est dans ma cave, le tas de blé qui est dans mon grenier... Dans ces différents cas, l'objet de la vente étant un *corps certain*, la propriété est immédiatement transférée. Je vous vends tant d'hectares de terre à prendre dans tel département, un cheval, sans dire lequel, tant de mesures de blé... Dans ces différentes hypothèses, la chose vendue étant déterminée quant à l'espèce seulement, vous en devenez *créancier*; mais vous n'en êtes pas encore *propriétaire*, car les genres n'appartiennent et ne peuvent appartenir à personne. Vous deviendrez propriétaire lorsque la chose vendue se trouvera individualisée par la tradition qui vous sera faite, ou par une convention ultérieure qui déterminera l'individu qui devra vous être livré. Je vous ai vendu *un cheval* sans dire lequel; quelques jours après, nous convenons que je vous livrerai *tel* cheval : dès ce moment la propriété vous est acquise.

§ II. — *Comment la propriété se transfère à l'égard des tiers.*

Art. 1140.

Pourquoi l'art. 1140 renvoie-t-il aux Titres *De la vente* et *Des hypothèques* le règlement des effets de l'obligation de donner?

Ces effets n'ont-ils pas été réglés dans l'art. 1138?

1127. — Les effets de l'obligation de donner viennent d'être expliqués; ils font l'objet de l'art. 1138. Voici cependant l'art. 1140 qui nous apprend que « ces effets seront réglés aux Titres *De la vente* et *Des hypothèques*. » Qu'est-ce à dire? Si ces effets ont déjà été réglés dans l'art. 1138, qu'est-il besoin de nous renvoyer aux Titres *De la vente* et *Des hypothèques* pour les régler à nouveau? — L'historique de la rédaction des art. 1138 et 1140 va nous donner le mot de cette énigme.

L'art. 1138 règle les effets de la convention de donner, mais *inter partes* seulement. Quant à la question de savoir si la propriété des immeubles est transférée, même *à l'égard des tiers*, par la seule force de la convention, il ne la résout point. Cette question devait faire l'objet de l'art. 1140.

On sait que, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, la propriété des immeubles n'était acquise *à l'égard des tiers*, que par la *transcription* du titre d'acquisition sur un registre existant à cet effet aux bureaux de la conservation des hypothèques (voy., sous les n^os^ 686 et s., l'expl. de cette loi). Cette théorie a été maintenue quant aux aliénations *à titre gratuit* : le donataire ne devient propriétaire *à l'égard des tiers* qu'à compter du jour où il a fait transcrire son titre d'acquisition (art. 939, n^os^ 686 et s.). Lorsqu'on régla, dans le Titre qui nous occupe, les aliénations en général, on souleva la question de savoir si l'on maintiendrait la loi du 11 brumaire an VII pour les aliénations *à titre onéreux*, comme on l'avait déjà maintenue pour les aliénations *à titre gratuit*. Cette question, qui devait être résolue dans l'art. 1140, souleva de très-vives controverses. La transcription eut ses partisans et ses détracteurs.

Les premiers disaient : « Si la propriété passe d'une personne à l'autre par le seul effet de la convention, les mutations étant alors clandestines, les tiers ne sauront jamais au juste si l'ancien propriétaire n'a pas cessé de l'être. De là des doutes, des incertitudes, qui, en portant atteinte à la sécurité des transactions, deviendront un obstacle à la circulation des biens. »

Les seconds répondaient : « La théorie de la transcription est dangereuse : car elle laisse au vendeur le moyen de dépouiller l'acheteur qui, par ignorance ou par une imprudente confiance, ne se hâte pas de faire transcrire le jour même du contrat. D'autre part, la transcription, si profitable au fisc, est ruineuse pour les parties obligées d'en supporter les frais. »

Les partisans et les adversaires de la transcription persistant dans leur opinion, on convint de renvoyer la solution de la question aux Titres *De la vente* et *Des hypothèques* : de là l'art. 1140. Nous devons donc le lire ainsi : « La question de savoir si la propriété est transférée, même *à l'égard des tiers*, par le seul effet de la convention et indépendamment de la transcription du titre d'acquisition, sera réglée au Titre *De la Vente* et au Titre *Des hypothèques*. »

Cependant elle n'a été résolue ni au Titre *De la vente* (voy. l'expl. de l'art. 1583) ni au Titre *Des hypothèques*. Elle avait été, il est vrai, prévue et réglée dans le sens de la loi de brumaire par l'article 91 du projet de loi sur les hypothèques; mais cette disposition ne s'est point retrouvée dans la rédaction définitive de la loi. Quelle a pu être la cause de cette disparition? Il serait assez difficile de le dire. N'est-elle que le résultat d'un oubli ou d'un malentendu? Quelques-uns l'ont pensé. D'autres y ont vu un *escamotage*, effectué clandestinement par les adversaires de la loi de brumaire. Toujours est-il que cette disposition ne se trouve point dans le Code. La pratique, argumentant de sa suppression, en conclut que la loi de brumaire avait été implicitement abrogée, et qu'ainsi, sous l'empire du Code, la propriété se transférait, même à l'égard des tiers, par l'effet direct et immédiat de la vente, indépendamment de la transcription. Quelques jurisconsultes, entre autres MM. Blondeau et Bonjean, protestèrent contre cette solution; mais leurs efforts furent inutiles : la jurisprudence maintint sa donnée.

L'art. 834 du Code de procédure, promulgué trois ans après le Code Napoléon, avait fait, au reste, cesser tous les doutes. Il résultait, en effet, très-clairement de cette disposition que l'acheteur acquérait dès le moment même de la vente, et indépendamment de la transcription, une propriété *absolue*, opposable non-seulement au vendeur, mais encore aux tiers qui depuis la vente avaient traité avec lui (1).

(1) Voy. mon *Examen crit. du commentaire de M. Troplong sur les privil.*, t. II, nos 271, 281 et suiv.

1128. — De là, en ce qui touche les mutations immobilières, des différences marquées entre le système du droit romain et le système du Code.

Suivant la loi romaine, l'acheteur devient, non point *propriétaire*, mais simplement *créancier* de la chose vendue : tant qu'elle n'est pas livrée, le vendeur, qui en conserve la propriété, demeure, par là même, nanti du droit d'en disposer, c'est-à-dire de l'aliéner en tout ou en partie. Il en résulte : 1° que, si le vendeur hypothèque la chose vendue, ou s'il établit sur elle une servitude, dans l'intervalle de la vente à la tradition, l'acheteur reçoit la chose avec les charges dont elle a été grevée ;—2° que, s'il la vend et la livre à un second acheteur, le premier ne peut point la revendiquer ; — 3° que les créanciers du vendeur peuvent valablement la saisir et la faire vendre à leur profit. En un mot, tous les droits acquis du chef du vendeur, dans l'intervalle de la vente à la tradition, sont opposables à l'acheteur, auquel il ne reste qu'une action en dommages et intérêts contre son vendeur.

Suivant le droit romain, la propriété se transfère, non point par l'effet de la *convention*, mais par l'effet de *la tradition*. Suivant notre Code, au contraire, la convention est, par elle-même, c'est-à-dire indépendamment de la tradition de l'immeuble qu'elle a pour objet et de la transcription de l'acte qui la constate, translative de propriété, non-seulement entre les parties contractantes, mais aussi à l'égard des tiers. Quelles différences pratiques résultent de cette différence doctrinale entre le droit romain et le droit français ?

D'après le Code, au contraire, la vente étant, par elle-même et sans le secours de la tradition ou de la transcription, translative de propriété, le vendeur cesse d'être et l'acheteur devient, dès le moment même de la perfection du contrat, *propriétaire* de la chose vendue. Il en résulte : 1° que toute hypothèque, servitude ou autre charge, constituée par le vendeur, dans l'intervalle de la vente à la tradition, est frappée d'une nullité radicale ;— 2° que, s'il la vend une seconde fois ou s'il la donne, le premier acheteur peut la revendiquer entre les mains du tiers qui la possède ; — 3° que les créanciers du vendeur ne peuvent point la saisir, quoiqu'elle soit encore en sa possession.

1128 *bis*. — Que le Code ait eu raison de s'écarter du droit romain, je le veux bien ; mais je ne saurais assez le blâmer d'avoir abandonné le système de la loi de brumaire. Le lecteur partagera mon avis, s'il veut bien parcourir avec moi les espèces suivantes.

Le principe que la propriété se transfère, *même au regard des tiers*, par le seul effet de la convention n'avait-il pas de très-graves inconvénients ?

Un acheteur se présente pour acquérir un immeuble ; il vérifie avec soin les titres de son vendeur ; il les trouve en règle : il achète et il paie. Il se croit propriétaire paisible. Mais tout à coup un acheteur précédent, dont le titre est resté secret jusqu'alors, réclame et obtient l'immeuble : le second acheteur demeure victime de l'erreur invincible dans laquelle on l'a laissé !

Un propriétaire vend son immeuble *avec réserve du droit d'usufruit ;* les titres de propriété restent entre ses mains ; il continue de jouir de l'immeuble comme par le passé. Rien donc ne révèle aux tiers l'aliénation qu'il a consentie. A la faveur de ce piége tendu à la confiance publique, il vend l'immeuble à un second acheteur, qui paie son prix sans hésiter. Plus tard, le premier acheteur se présente, qui l'évince !

Des servitudes non apparentes ont été constituées sur un immeuble ; le propriétaire qui les a établies vend l'immeuble sans les déclarer à l'acheteur. Celui-ci croit acquérir une propriété

libre de toute charge, complète, entière : il ne reçoit qu'une propriété démembrée !

Une personne emprunte une somme d'argent; elle donne, pour la sûreté de sa dette, une hypothèque à son créancier. Celui-ci n'a prêté qu'en considération du gage qu'il a reçu. Si sa sécurité est complète, il s'abuse! rien, en effet, ne peut lui garantir que l'immeuble qui a été affecté à sa sûreté appartenait encore à son débiteur au moment de la constitution de l'hypothèque : peut-être l'avait-il vendu la veille; peut-être l'avait-il, antérieurement, grevé de certaines servitudes qui en ont diminué la valeur. Dans le premier cas, l'hypothèque est absolument nulle; dans le second, elle est insuffisante!

Cette clandestinité des mutations immobilières et de l'établissement des droits réels sur les immeubles jeta dans la pratique des affaires les plus graves perturbations. Il en résulta pour les particuliers des mécomptes si désastreux, que M. Dupin, portant la parole devant la Cour de cassation, put dire, sans rien exagérer : « Celui qui achète n'est pas sûr de rester propriétaire; celui qui paie, de ne pas être obligé de payer une seconde fois, et celui qui prête, d'être remboursé. »

N'a-t-il pas été abrogé?

1129. — La loi du 23 mars 1855 est venue enfin faire cesser cet état de choses (1). La propriété et ses démembrements, disons mieux, toutes les charges qui peuvent en amoindrir la valeur, ont

(1) Cette loi est obligatoire depuis le 1er janvier 1856. Voici le texte des premiers articles :

Art. 1er. « Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des « biens :

« 1° Tout *acte entre-vifs* translatif de propriété immobilière ou de droits réels « susceptibles d'hypothèques;

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits;

« 3° Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la « nature ci-dessus exprimée;

« 4° Tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au « profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. »

Art. 2. « Sont également transcrits :

« 1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation;

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits;

« 3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention ver- « bale;

« 4° Les baux d'une durée de plus de 18 ans;

« 5° Tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, « quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou de « fermages non échus. »

Art. 3. « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements « énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des « droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.

« Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés « pour une durée de plus de 18 ans. »

— Notez, d'une part, que la loi ne régit que les *actes entre-vifs*, et qu'ainsi elle n'est pas applicable aux mutations *par décès*; d'autre part, qu'elle ne déroge point aux dispositions du Code relatives à la transcription des donations et substitutions.

(Voy. mon *Traité de la Transcription.*)

été soumis au régime de la publicité. Ainsi, désormais, tout acte qui aura pour objet de faire passer un immeuble du domaine d'une personne dans le domaine d'une autre, ou qui sera susceptible de l'affecter plus ou moins gravement dans les mains du propriétaire, devra être transcrit sur les registres publics des conservateurs des hypothèques. En l'absence de cette formalité, et tant qu'elle ne sera pas remplie, les aliénations ou constitutions de droits réels, bien que valables entre les parties, resteront destituées de tout effet à l'égard des tiers dont elles pourraient blesser l'intérêt. Dès lors, plus d'inquiétudes, plus de mécomptes possibles. La propriété ayant ses registres, de même que les personnes ont leurs actes de l'état civil, il sera facile, en général, lorsqu'on traitera avec un propriétaire apparent, de savoir si l'immeuble qu'il présente comme sien est réellement à lui, et dans quelles limites il lui appartient.

1130. — Ce système est fort simple; mais il a besoin d'être bien compris.

A-t-il été abrogé d'une manière absolue?

En quel sens, sous quels rapports et entre quelles personnes, le principe que la convention est, par elle-même et par elle seule, translative de propriété, a-t-il été conservé?

Remarquons tout d'abord que la loi nouvelle n'abroge point le principe consacré par notre art. 1138, à savoir, que la vente (1) est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, et qu'*entre elles*, elle est, dès l'instant qu'elle existe, translative de propriété. La formalité de la transcription n'est prescrite qu'*à l'égard des tiers*.

Ce n'est pas tout. La transcription est exigée, non point d'une manière générale, dans l'intérêt des tiers, quels qu'ils soient, mais pour la sauvegarde seulement de ceux qui ont acquis, *du chef du vendeur, des droits sur l'immeuble*. De là la formule suivante : *dès que la vente est conclue, et bien qu'elle ne soit point transcrite, l'acheteur devient propriétaire à l'égard de toutes personnes autres que celles qui, en traitant avec le vendeur, ont acquis, de son chef, des droits réels sur l'immeuble vendu*.

Ainsi, dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix, la vente existe. Dès qu'elle existe, l'acheteur devient *propriétaire* :

1° *Dans ses rapports avec le vendeur;* en sorte qu'étant tout à la fois *créancier et propriétaire* de l'immeuble qui a fait l'objet de la vente, il peut, à son choix, former sa demande en délivrance, soit devant le tribunal du domicile du vendeur, soit devant le tribunal de la situation de l'immeuble, conformément à l'art. 59 (4e phrase) du Code de procédure.

2° *A l'égard des créanciers chirographaires de son vendeur*, en ce sens qu'il peut, d'une part, faire tomber et rendre vaine la saisie

(1) Je prends ici le contrat de vente comme le type des conventions de donner. Il est donc bien entendu que ce que je dis de ce contrat s'applique à toute convention à titre onéreux ayant pour objet soit une mutation de propriété, soit l'établissement d'un droit réel, et, par exemple, au contrat d'échange, aux transactions lorsqu'elles sont translatives de propriété, aux *dationes in solutum*.

qu'ils ont faite de l'immeuble entre les mains de leur débiteur, et, d'autre part, en cas de faillite de ce dernier, revendiquer le même immeuble et le reprendre en nature. Dans l'un et l'autre cas, il aurait été obligé, s'il n'avait eu que le titre de *créancier*, de venir en concours avec eux, et au marc le franc, sur le prix de l'immeuble vendu à leur requête.

3° *A l'encontre des tiers*, qui, sans traiter avec le vendeur, sont devenus, par une autre voie, possesseurs de l'immeuble, en ce sens qu'il peut le revendiquer contre eux.

Entre quelles personnes a-t-il été abrogé ?

Quelles sont les conséquences à tirer du principe qu'*à l'égard des tiers* les conventions translatives de propriété ou constitutives de droits réels ne produisent leur effet qu'à compter du jour où elles ont été *transcrites* ?

1131. — Mais, aussi longtemps que la vente n'est point transcrite, le vendeur demeure propriétaire *à l'égard des tiers qui ont traité ou qui pourront traiter avec lui*. D'où les conséquences suivantes :

1° Si le vendeur vend une seconde fois l'immeuble et que le second acheteur fasse transcrire son titre, le premier acheteur ne peut rien contre lui. Ainsi, entre deux acheteurs successifs du même immeuble, celui-là est propriétaire qui, le premier, a fait transcrire son contrat. L'autre n'a alors qu'une action en dommages-intérêts contre son vendeur.

2° Que si, après avoir vendu son immeuble, Paul le grève de servitudes personnelles ou réelles, ou si, à l'inverse, après avoir constitué ces servitudes, il le vend, elles seront opposables à l'acheteur ou frappées de nullité, suivant que l'acte par lequel elles auront été constituées aura été transcrit *avant* ou *après* la transcription de l'acte de vente.

3° Enfin, lorsque l'immeuble a été grevé d'hypothèques, soit avant, soit depuis la vente, elles subsisteront contre l'acheteur, si elles ont été inscrites avant la transcription de l'acte de vente ; dans le cas contraire, l'acheteur ne les subira pas.

1131 *bis*. — RÉSUMÉ. 1° *Droit romain*. — La vente n'est point, par elle-même, translative de propriété : elle ne produit que des obligations. Ainsi, l'acheteur devient *créancier* seulement de la chose vendue. Jusqu'à la tradition, la propriété continue de résider en la personne du vendeur.

2° *Loi du 11 brumaire an VII*. — La vente est, par elle-même, translative de propriété ; mais, tant qu'elle n'est pas transcrite, l'acheteur n'acquiert qu'une propriété RELATIVE. Jusqu'à la transcription, le vendeur demeure propriétaire au regard des tiers qui ont traité ou qui pourront traiter avec lui. Ce n'est que par la formalité de la transcription que la propriété ABSOLUE de la chose vendue passe du domaine du vendeur dans celui de l'acheteur.

3° *Code Napoléon*. — La vente est, par elle-même, et sans le secours de la tradition ou de la transcription, translative de la propriété, tant à l'égard des tiers qui pourront traiter avec le vendeur qu'à l'égard du vendeur lui-même.

4° *Loi du 23 mars 1855*. — Retour au système de la loi du 11 brumaire an VII.

1132. — Jusqu'ici nous n'avons parlé que des conventions de

donner qui ont des immeubles pour objet. Que décider donc au cas où il s'agit d'objets mobiliers? La convention de donner un meuble, donation, vente ou échange, transfère-t-elle la propriété *ergà omnes*, ou seulement *inter partes?*

Art. 1141.

L'acheteur d'un meuble corporel devient-il, par *le seul effet de la vente*, propriétaire *ergà omnes?*

Soit une vente ayant pour objet un cheval déterminé individuellement : l'acheteur est-il propriétaire seulement dans ses rapports avec le vendeur? L'est-il, au contraire, *même à l'égard des tiers?* L'art. 1141 est le seul qui traite spécialement des aliénations de meubles corporels. Il est ainsi conçu : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise *en possession réelle* est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, *pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi.* »

On a conclu de cette disposition que la propriété des meubles corporels, qui, *inter partes,* se transfère par la seule force de la *convention,* n'est acquise, *à l'égard des tiers*, que par la *tradition.* En effet, a-t-on dit, si la convention suffisait pour transférer la propriété tant *à l'égard des tiers* qu'*inter partes*, l'acheteur, investi d'une propriété absolue, aurait le droit de revendiquer la chose qui lui a été vendue, non-seulement contre son vendeur, mais encore contre ceux auxquels ce dernier l'aurait vendue ou donnée; or, notre art. 1141 n'admet point ce droit de revendication : donc (etc.)..

1133. — Ce système compte peu de partisans. Suivant l'opinion commune, la convention de donner, lors même qu'elle a pour objet un meuble corporel, transfère, par sa seule force, non pas seulement une propriété *relative*, mais une propriété *absolue*, opposable à tout le monde. Ainsi, dans le cas de la vente d'un cheval, l'acheteur devient propriétaire tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du vendeur. Il est vrai que, si ce dernier vend une seconde fois le même cheval, et le livre au second acheteur, qui le reçoit de bonne foi, *inscius prioris venditionis*, le premier acheteur ne peut pas revendiquer contre le second. Mais pourquoi? Par une raison bien simple! c'est que le droit de propriété qu'il avait acquis lui est enlevé par l'effet d'une prescription. Le second acheteur est devenu propriétaire, non pas en vertu de la vente qui lui a été consentie, car le vendeur avait cessé de l'être, mais par l'effet d'une prescription qui s'est accomplie *instantanément* à son profit, c'est-à-dire dès l'instant qu'il a été mis en possession. Nous verrons, en effet, en expliquant l'art. 2279, que la prescription des meubles, quand elle est fondée sur une possession de bonne foi, est dispensée du laps de temps : *en fait de meubles, la possession vaut titre.*

Ce qui prouve bien que, si la revendication n'est pas admise dans ce cas, c'est uniquement par application de la règle : *en fait de meubles, la possession vaut titre,* c'est que le second acheteur n'est autorisé à conserver la chose revendiquée *qu'autant qu'il l'a reçue de bonne foi*... Si, en effet, la convention ne transférait point

une propriété absolue; si, à l'égard des tiers, le vendeur restait, comme en droit romain, propriétaire jusqu'au moment de la tradition, il conserverait le droit de disposer de la chose vendue, et, dès lors, il n'y aurait pas à distinguer, comme le fait le Code, si le second acheteur a eu ou n'a pas eu connaissance de la première vente.

Je dis donc que la vente d'un meuble (ou toute autre convention de donner un meuble, par exemple la donation) transfère par elle-même la propriété, telle qu'elle est organisée dans notre Code, c'est-à-dire opposable à tout le monde, mais *prescriptible* par le fait seul de la possession de la chose, indépendamment du laps de temps (art. 2279). Il en résulte que l'acheteur, bien qu'il n'ait pas été mis en possession de la chose vendue, peut la revendiquer contre toute personne qui ne peut pas invoquer la maxime : *en fait de meubles, possession vaut titre*, c'est-à-dire : 1° contre son vendeur; 2° contre ceux auxquels il l'a vendue, donnée ou engagée, *s'ils l'ont reçue de mauvaise foi;* 3° si le vendeur l'a perdue ou si elle lui a été volée, contre tous ceux qui la possèdent (article 2279) (1).

§ III. — *Question des risques.*

Art. 1138 et 1139.

A la charge de qui sont les risques de la chose qui a fait l'objet de la convention de donner?

1134. — Tous les droits existant sur une chose, ou qui l'ont pour objet, droit de propriété ou de créance, droit de servitude ou d'hypothèque, s'éteignent avec elle. — Tout débiteur d'une chose déterminée individuellement est libéré par la perte de cette chose, car il n'y a pas d'obligation sans objet; toutefois, si c'est par son fait ou par sa faute que la chose a péri, son obligation de la livrer se transforme alors en une autre obligation, en l'obligation de payer des dommages et intérêts (art. 1302).

Ces propositions sont incontestables. Ainsi, lorsque la chose périt entre les mains du donateur, il est évident : 1° qu'il est libéré de son obligation de la livrer; 2° que le donataire a cessé d'en être propriétaire; 3° que le donateur doit, ou ne doit pas, des dommages-intérêts, suivant que la chose a péri par sa faute ou par cas fortuit.

En quel sens faut-il entendre la règle que la convention de donner met la chose qu'elle a pour objet aux risques du créancier?

Mais, si, nous plaçant dans l'hypothèse d'une convention synallagmatique, nous supposons une obligation corrélative à l'obligation de livrer, c'est alors que se présente la question des risques, c'est-à-dire celle de savoir si, quand l'obligation de livrer la chose est éteinte par la perte de cette chose, l'obligation corrélative est également éteinte, ou si, au contraire, elle continue d'exister. Ainsi, par exemple, lorsque le vendeur est libéré de son obliga-

(1) MM. Dur., t. X, n° 431; Dem., *Progr.*, t. II, n° 573; Val.; Marc., art. 1141; Demol., t. I, nos 467 et suiv.

Toutefois, la convention de donner, quand elle a pour objet la cession d'une créance, n'est opposable aux tiers qu'à partir du moment où elle a été rendue publique (voy. l'explic. de l'art. 1690).

tion, parce que la chose vendue a péri par cas fortuit, conserve-t-il néanmoins sa créance contre l'acheteur? Celui-ci est-il tenu de payer le prix de vente, bien que le vendeur ne lui livre point la chose vendue? C'est à cette question que répond l'art. 1138. La chose qui fait l'objet de la convention est, dès que la propriété en a été transférée, aux risques et périls du créancier qui en est devenu propriétaire. Elle est à ses risques, en ce sens que, si elle vient à périr par cas fortuit, il devra néanmoins accomplir l'obligation corrélative dont il est tenu envers le débiteur libéré, c'est-à-dire lui procurer l'équivalent qu'il lui avait promis en échange de la chose qui a péri.

Pourquoi sont-ils à sa charge?

Mais pourquoi est-elle à ses risques? Parce que la loi, interprétant la volonté des parties, présume que celle qui a, dès à présent, transféré la propriété de sa chose, a voulu faire un contrat définitif, non subordonné aux éventualités de l'avenir; qu'elle n'a pas entendu rester responsable d'une chose qui n'était plus dans son patrimoine, qui avait cessé de lui appartenir. Et il en est ainsi, non-seulement lorsque le contrat est pur et simple, mais encore lorsqu'il est à terme : car le terme, nous le savons, n'empêche point que la propriété soit transférée dès le jour même du contrat.

Sont-ils encore à sa charge lorsque la translation de la propriété a été, par une clause particulière, renvoyée à une époque ultérieure?

1135. — Que décider si les parties ont, par une clause expresse, renvoyé à une époque ultérieure la mutation de propriété? la chose due est-elle, dans l'intervalle du contrat à l'échéance du terme, aux risques et périls du créancier? Ainsi, par exemple, je stipule que je resterai propriétaire pendant un an encore de la maison que je vous vends aujourd'hui : la maison est-elle, dès à présent, à vos risques? Si elle périt par cas fortuit avant l'échéance du terme fixé pour la mutation de propriété, serez-vous obligé de payer le prix de vente? J'admets la négative. La règle de l'art. 1138 n'est rien autre chose qu'une interprétation légale de la volonté des parties : la loi présume que celui qui a cessé d'être propriétaire d'une chose n'entend pas en rester responsable; qu'au contraire, le créancier en accepte les risques dès l'instant qu'elle lui appartient. Cette interprétation n'est que la consécration d'une idée commune, vulgaire, savoir, qu'on n'est responsable d'une chose, qu'elle n'est à nos risques, qu'autant qu'elle est à nous, qu'elle fait partie de notre patrimoine. L'article 1138, le seul qui soit relatif à la théorie des risques, est formel. La chose qui fait l'objet de la convention de donner est aux risques du *créancier* qui en devient *propriétaire:* donc elle n'est pas à ses risques tant qu'il n'en est que *créancier* (1).

Les risques ne sont-ils pas quelquefois à la charge du débiteur? Quelle différence y

1136. — Par exception, les risques sont à la charge du débiteur de la chose, bien qu'il ait cessé d'en être propriétaire :

1° Lorsqu'il s'en est chargé par une clause expresse;

(1) M. Val.— On peut ajouter que, dans les contrats conditionnels, les risques ne sont pas à la charge du créancier, qui pourtant a acquis une propriété conditionnelle (voy. les nos 1207 et s.): donc, à plus forte raison, il en est de même du créancier qui n'a acquis aucune propriété!

a-t-il, quant aux risques, entre le débiteur qui est et celui qui n'est pas en demeure? Le premier répond-il, sans distinction, de tous les cas fortuits?

2° Lorsque le cas fortuit est arrivé par sa faute, et, par conséquent, *depuis sa demeure*, pourvu toutefois qu'il soit démontré que la chose n'eût point péri si elle ne fût point restée en sa possession. Ainsi, quant au débiteur en *demeure*, c'est-à-dire en *retard* de livrer, deux sortes de cas fortuits sont à distinguer : 1° ceux qui ne sont arrivés que parce que la chose est restée en sa possession ; 2° ceux qui seraient arrivés lors même que la chose eût été en la possession du propriétaire : le débiteur est responsable des premiers, il ne l'est pas des seconds (voy., à ce sujet, les n^os^ 1468 à 1470).

Quand le débiteur est-il en demeure? Qu'est-ce qu'une *sommation*?

1137. — Le débiteur peut être constitué en demeure par *une sommation* (voy. toutefois ce qui sera dit sous le n° 1154) ou par un autre *acte équivalent*.

La *sommation* est l'acte par lequel un créancier fait dire, par un huissier, à son débiteur, qu'il entend être payé, le menaçant de le poursuivre en justice s'il ne s'empresse point d'exécuter son obligation.

Le débiteur peut-il être mis en demeure par d'autres actes que la sommation?

«Ou par un autre *acte équivalent...*,» par exemple, une demande en justice, c'est-à-dire une assignation, ou une citation en conciliation, pourvu qu'elle soit suivie dans le mois d'une demande en justice (art. 57, C. pr.).

L'ancienne règle : *dies interpellat pro homine*, a été rejetée par notre Code. L'échéance du terme ne suffit donc point pour constituer le débiteur en demeure. La loi présume que le créancier qui ne sort pas de l'inaction consent tacitement à ce que sa chose reste, jusqu'à ce qu'il la demande, entre les mains du débiteur.

La seule échéance du terme suffit-elle pour le mettre en demeure? Ne suffit-elle point quelquefois?

Par exception à cette règle, le débiteur est en demeure *par la seule échéance du terme:*

1° Lorsque cela a été expressément stipulé entre les parties;

2° Lorsque l'obligation est de telle nature qu'elle ne peut être utilement exécutée pour le créancier que dans un certain temps, que le débiteur a laissé passer (art. 1146). Je stipule de vous que vous me livrerez, avant le 1^er^ janvier, les bonbons, oranges et jouets d'enfants, que je vous achète : vous êtes en demeure, par la nature même de votre engagement, de l'exécuter avant le premier jour de l'an ;

3° Lorsqu'il existe dans la loi une disposition formelle à cet égard : ainsi, par exemple, le voleur est de plein droit en demeure de restituer la chose volée (art. 1302) ;

4° Lorsque le débiteur a fait ce qu'il a promis de ne pas faire : il est alors en demeure par le seul fait de sa contravention (article 1145).

Voy. encore les art. 1153, 1378 et 1379, 1653, 1657, 1846.

SECTION III. — DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.

Quels sont les moyens de coercition que le créancier peut

1138. — Les droits tirent leur force des moyens de coercition que le créancier peut employer contre son débiteur récalcitrant.

Le Code détermine quels sont ces moyens, en ce qui touche l'obligation de faire ou de ne pas faire. Il ne contient aucune règle sur l'exécution forcée de l'obligation de donner; nous comblerons cette lacune.

employer pour obtenir l'exécution de l'obligation lorsque le débiteur refuse de l'exécuter?

Les principaux moyens de coercition sont : 1° l'intervention de la justice ou de la force publique, qui procure au créancier le bénéfice effectif de l'obligation ; 2° la condamnation à des dommages et intérêts. Quelquefois les deux moyens sont cumulés.

Appliquons ces règles aux obligations de donner et aux obligations de faire ou de ne pas faire.

Quid, s'il s'agit d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent?

1° *Obligation de donner une somme d'argent.* — L'exécution forcée a lieu par la saisie des biens du débiteur et leur transformation en argent, lequel sert à procurer au créancier le bénéfice de l'obligation.

Quid, si elle a pour objet un corps certain?

Cette obligation ne se résout-elle point quelquefois en dommages et intérêts?

2° *Obligation de donner un corps certain...* (ou plutôt obligation de *livrer* un corps certain : car, dès que l'obligation est formée, elle est légalement exécutée au moyen d'une tradition feinte, sous-entendue dans le contrat). — Le créancier revendique la chose qui lui appartient, et le tribunal l'autorise à s'en faire mettre en possession *manu militari*. Mais il est possible, d'une part, qu'il ne veuille pas employer cette voie d'exécution; d'autre part, qu'elle soit impossible, ce qui arrive lorsque l'obligation a pour objet une chose mobilière facile à cacher : dans l'une et l'autre hypothèse, le propriétaire peut faire condamner son débiteur à des dommages et intérêts.

Quid, si l'obligation a pour objet une chose déterminée quant à l'espèce seulement?

Ne se résout-elle point toujours en dommages et intérêts?

3° *Obligation de donner un objet certain*, c'est-à-dire une chose qui n'est point déterminée individuellement, par exemple UN *cheval*. — Il n'existe aucun moyen direct de forcer le débiteur à exécuter son obligation : car, s'il ne veut pas acheter un cheval pour le livrer à son créancier, la justice ne peut évidemment pas l'y contraindre. Il ne reste alors au créancier qu'une seule ressource, la condamnation à des dommages et intérêts.

Art. 1142 à 1145.

L'obligation de faire ou de ne pas faire se résout-elle toujours en dommages et intérêts?

4° *Obligation de faire.* — Aux termes de l'art. 1142, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts. » Si nous n'avions que cette seule disposition sur les obligations de faire, il faudrait dire que le créancier ne peut jamais demander l'intervention de la force publique, à l'effet d'obtenir le *bénéfice* EFFECTIF de l'obligation; qu'il doit, *dans tous les cas*, recevoir une somme d'argent, au lieu et place du bénéfice qui lui a été promis. Mais il résulte de l'art. 1144 que le créancier peut, dans certains cas, exiger l'exécution effective de l'obligation, le résultat qu'il s'était promis. L'art. 1142 doit donc être entendu en ce sens, que l'obligation de faire se résout en dommages et intérêts : 1° lorsqu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être accomplie utilement que par le débiteur lui-même (1); 2° lorsque le

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 75; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 29; Marc., art. 1144.

créancier, en supposant que l'exécution effective de l'obligation soit possible, préfère demander des dommages et intérêts (M. Val.).

Reste à rechercher dans quel cas l'exécution forcée, mais *effective*, de l'obligation est possible ; dans quel cas elle ne l'est pas.

— Elle ne l'est pas lorsque le fait promis est de telle nature qu'il ne peut être exécuté utilement pour le créancier, qu'autant que c'est le débiteur qui l'accomplit en personne. Ainsi, par exemple, si un peintre célèbre refuse de faire le tableau que je lui ai acheté, il est évident que l'exécution forcée de l'obligation est impossible : par quelle voie, en effet, contraindre le débiteur à l'exécuter ? Le créancier, en présence de cette impossibilité, n'a qu'une ressource, obtenir des dommages et intérêts.

La justice peut-elle autoriser le créancier à exercer des violences physiques sur la personne du débiteur pour le forcer de faire ce qu'il a promis de faire ?

Il en est de même lorsque l'exécution effective de l'obligation n'est possible qu'à la condition d'exercer des violences physiques sur la personne du débiteur. Si, par exemple, une jeune et belle femme, qui s'est engagée à se montrer le soir dans un café, refuse de s'y rendre, la justice n'a pas le droit d'autoriser le créancier à l'y faire conduire *manu militari* : cette voie d'exécution n'a été organisée nulle part, et ce serait attenter à la liberté individuelle que d'y recourir.

— L'exécution effective de l'obligation est possible, et le créancier est autorisé à l'exiger, toutes les fois que le fait promis peut être utilement exécuté par une autre personne que le débiteur. Dans cette hypothèse, le fait que le débiteur refuse d'accomplir est, à ses frais, exécuté par un tiers. S'agit-il, par exemple, d'un mur qu'il refuse de démolir : le créancier est autorisé par la justice à faire, aux frais du débiteur, démolir le mur par des ouvriers, qu'il fait, au besoin, défendre et protéger par des agents de la force publique (1).

— Dans certains cas, la justice exécute elle-même l'obligation : si, par exemple, vous refusez de désigner l'arbitre que vous devez nommer, la justice le désigne pour vous.

Que fera le créancier si le débiteur contrevient à son obligation de ne pas faire ?

5° *Obligation de ne pas faire.* — Si le débiteur y contrevient, le créancier peut obtenir ce qui lui est dû, quand l'exécution de l'obligation est possible sans recours à des violences sur la personne du débiteur. S'il s'agit, par exemple, d'un mur que le débiteur a promis de ne pas bâtir et qu'il a néanmoins bâti, la justice autorise le créancier à faire, avec le secours des agents de l'autorité publique, rétablir les choses dans l'état où elles devraient être.

Mais, si l'exécution effective ne peut être obtenue qu'en exerçant des violences sur la personne du débiteur, il ne reste au créancier que la ressource des dommages et intérêts : car, de même que la loi ne permet point qu'un débiteur puisse être contraint, par la force, de faire ce qu'il a promis de faire, de même elle ne permet

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, pensent que le juge n'est pas tenu d'ordonner l'exécution aux frais du débiteur, et peut se borner à prononcer des dommages-intérêts contre ce dernier.

point de l'empêcher, en le violentant, de faire ce qu'il a promis de ne pas faire. C'est à tort, par conséquent, qu'un tribunal a autorisé un directeur de théâtre à faire enlever, par des agents de la force publique, un acteur qui jouait sur une scène sur laquelle il avait promis de ne pas se montrer (1).

1139. — En résumé, en ce qui touche l'obligation de faire ou de ne pas faire, le créancier n'a que la ressource des dommages et intérêts, toutes les fois qu'il est impossible d'obtenir l'exécution effective de l'obligation, ou qu'on ne peut l'obtenir qu'en exerçant des violences physiques sur la personne du débiteur. La justice doit, au contraire, procurer au créancier qui le demande le bénéfice effectif de l'obligation, toutes les fois qu'elle le peut faire autrement qu'en violentant la personne du débiteur. Dans ce cas, si l'exécution tardive de l'obligation a causé un dommage au créancier, celui-ci a droit à des dommages et intérêts, outre l'exécution effective de l'obligation.

Les dommages et intérêts sont-ils dus par le débiteur qui n'a pas été mis en demeure d'exécuter son obligation? *Quid*, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire?

1140. — Les dommages et intérêts ne peuvent être demandés qu'après que le débiteur a été mis en demeure de faire ce qu'il a promis *de faire*. Mais, lorsqu'il s'agit de l'obligation *de ne pas faire*, le débiteur qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention, c'est-à-dire quoiqu'il n'ait pas été mis en demeure de tenir sa promesse : c'est qu'en effet, par la nature même de cette obligation, le débiteur *est toujours en demeure* de n'y pas contrevenir.

Quelle différence y a-t-il entre une obligation de faire ou de ne pas faire et une obligation *alternative*?

1141. — Remarquons, en terminant, que les obligations de faire ou de ne pas faire, bien qu'elles se résolvent nécessairement en dommages et intérêts dans les cas que nous avons indiqués, ne doivent point pourtant être rangées dans la classe des dettes *alternatives*. Le débiteur ne doit pas, en effet, un fait *ou* des dommages et intérêts; il ne doit qu'un fait. Il en résulte qu'il est complétement libéré si l'exécution de son obligation est devenue impossible sans sa faute, c'est-à-dire par suite d'un cas fortuit ou de force majeure. Il en serait autrement si son obligation était réellement alternative : il devrait alors des dommages et intérêts : car, aux termes de l'art. 1195, le débiteur dont l'obligation est alternative n'est libéré qu'autant que toutes les choses comprises dans l'obligation ont péri ; s'il en existe encore une seule, le débiteur est tenu de la livrer (2).

SECTION IV. — DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

Art. 1146 à 1148. Dans quels cas le

1142. — I. *Des cas où le débiteur peut être condamné à des dommages et intérêts.* — Il peut y être condamné : 1° lorsqu'il a manqué d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a exécutée qu'en par-

(1) MM. Val.; Marc., art. 1144; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 29.
(2) MM. Dur., t. X, n° 458; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 29.

tie; 2° lorsqu'il l'a exécutée, mais *tardivement*. Le second cas rentre dans le premier, car l'exécution tardive n'est qu'une exécution partielle de l'obligation.

débiteur doit-il être condamné à payer des dommages et intérêts ? A quelles conditions y est-il soumis ?

Toutefois, pour que le débiteur qui a manqué d'exécuter son obligation, ou qui ne l'a exécutée que partiellement, soit condamné à des dommages et intérêts, trois conditions doivent concourir. Il faut :

Pourquoi ne les doit-il pas lorsqu'il n'a pas été mis en demeure ?

1° Que l'inexécution de l'obligation soit contraire à l'intention du créancier. Elle ne l'est pas si le débiteur n'est pas *en demeure* de payer : il peut croire, en effet, que le créancier qui reste dans l'inaction n'a pas actuellement besoin de la chose qui lui est due, et qu'il consent à la laisser pendant quelque temps encore entre ses mains. Ainsi, celui-là seulement peut être condamné à des dommages et intérêts qui, *étant en demeure* d'accomplir son obligation, ne l'a pas fait ou ne l'a fait que tardivement (voy., sous le n° 1137, la théorie de la demeure).

Quand l'obligation a-t-elle manqué d'être exécutée par la *faute* du débiteur ? Quand par son *fait* ?

2° Qu'elle provienne de la *faute*, du *fait* ou du *dol* du débiteur. — Il y a *faute* lorsque le débiteur, connaissant son obligation, a, par sa négligence, son impéritie, sa faiblesse ou son imprudence, manqué de l'exécuter ; simple *fait*, lorsque, ignorant l'obligation dont il est tenu, il s'est mis, par suite de l'ignorance où il était à cet égard, dans l'impuissance d'y satisfaire. Le débiteur peut ignorer son obligation lorsqu'il est tenu en qualité d'héritier. « Mais, dira-t-on, le débiteur qui, avant de mourir, ne fait point connaître à son héritier présomptif l'obligation qu'il devra un jour exécuter, commet une *faute* : donc, lorsque l'obligation n'est pas exécutée, c'est toujours par la *faute* du débiteur originaire ou du débiteur actuel qu'elle ne l'est pas ! » C'est, en effet, ce qui arrivera le plus souvent ; mais l'hypothèse contraire n'est pas impossible. Il se peut, en effet, que le débiteur originaire meure à une époque si rapprochée du jour où son obligation a pris naissance, qu'il n'ait pas le temps d'en avertir son héritier ; auquel cas aucune faute n'a été commise. Mon oncle, dont je suis héritier, est mort peu d'instants après vous avoir vendu son cheval ; dans l'ignorance de cette vente, j'ai vendu et livré à un tiers de bonne foi le cheval que je devais vous livrer : c'est par mon *fait*, et non par ma *faute*, que je n'ai pas exécuté mon obligation.

Quid, si l'inexécution de l'obligation provient d'une cause étrangère au débiteur ?

Le débiteur n'est point responsable de l'inexécution de l'obligation, lorsque cette inexécution provient d'une *cause étrangère* qui ne lui est pas imputable, c'est-à-dire d'un cas fortuit ou de force majeure. Ainsi, je ne suis point passible de dommages et intérêts, lorsque, par suite d'une inondation ou d'une guerre, j'ai été empêché de vous livrer en temps utile les marchandises dont j'étais votre débiteur.

Le débiteur qui, par sa faute, n'a pas exécuté son obligation, doit-il toujours des dommages et intérêts ?

3° Qu'elle soit *dommageable*. — Il est possible, en effet, que l'inexécution de l'obligation n'ait causé aucun dommage au créancier. Je vous ai chargé de renouveler pour moi une inscription hypothécaire, vous ne l'avez point fait, et mon inscription se

trouve périmée; mais il est établi que ma créance ne serait pas venue en rang utile, lors même que mon inscription hypothécaire eût été renouvelée : vous ne me devez aucune indemnité, parce que vous ne m'avez causé aucun préjudice. Aussi l'art. 1147 nous dit-il que le débiteur qui a manqué d'exécuter son obligation ne doit des dommages et intérêts qu'autant qu'*il y a lieu...*; s'il y a lieu, c'est-à-dire si l'inexécution de l'obligation a causé un préjudice au créancier.

Quelles choses doit prouver le créancier qui réclame des dommages et intérêts ? Est-ce à lui à prouver que c'est par le fait ou la faute du débiteur que l'obligation n'a pas été exécutée ?

1143. — En résumé, le créancier qui réclame des dommages et intérêts doit prouver : 1° sa créance; 2° la demeure du débiteur; 3° l'existence d'un préjudice et le *quantum* de ce préjudice.

Si le débiteur allègue, pour sa défense, que l'inexécution de l'obligation provient d'une cause qui lui est étrangère, c'est-à-dire d'un cas fortuit ou d'une force majeure, c'est à lui de le prouver : car il se prétend libéré, et, quand la preuve d'une créance est faite, c'est au débiteur qui invoque sa libération à en établir la preuve (art. 1315).

S'il prétend que le débiteur est coupable de dol, n'est-ce pas à lui à le prouver ?

1144. — Nous verrons tout à l'heure que le *quantum* des dommages et intérêts est plus ou moins élevé, suivant que l'inexécution de l'obligation provient du *dol* ou simplement du *fait* ou de la *faute* du débiteur.— Si le créancier prétend que le débiteur est coupable de dol, il doit en établir la preuve, car le dol ne se présume point (art. 1116).

Art. 1149 à 1151.

Par qui le *quantum* des dommages et intérêts est-il fixé ? Que comprennent-ils lorsque c'est le juge qui en détermine le *quantum* ?

1145. — II. *Du* QUANTUM *des dommages et intérêts.* — Le chiffre des dommages et intérêts est déterminé, tantôt par la justice ; tantôt par les parties elles-mêmes, au moyen d'une clause pénale; tantôt enfin par la loi, lorsque l'obligation qui n'a pas été exécutée avait uniquement pour objet une somme d'argent.

1° *Obligations autres que celles qui ont uniquement pour objet une somme d'argent. — Détermination des dommages et intérêts par la justice* (voy. les Form. 365 à 370).—Les dommages et intérêts dus au créancier comprennent la *perte* qu'il a éprouvée et le *gain* dont il a été privé par suite de l'inexécution de l'obligation.

Mais quelles règles les juges doivent-ils suivre pour apprécier et déterminer le *quantum* des dommages et intérêts ? La loi fait, à cet égard, une distinction qui est fondamentale : elle distingue si c'est par la *faute* (le simple *fait* est assimilé à la faute) ou par le *dol* du débiteur que l'obligation n'a pas été exécutée.

Quelle différence y a-t-il entre le débiteur coupable de *faute* et le débiteur coupable de *dol* ?

1146. — PREMIER CAS. Le débiteur est exempt de *dol;* c'est par son fait ou sa faute qu'il a manqué d'exécuter son obligation : — il ne doit que les dommages et intérêts que les parties ont prévus ou qu'elles ont pu raisonnablement prévoir au moment du contrat, ceux sur lesquels leur pensée a dû naturellement se porter en prévision de l'inexécution de l'obligation.

1147. — DEUXIÈME CAS. Le débiteur est coupable de *dol :* — il doit même les dommages et intérêts qu'on n'a pas pu raisonnablement prévoir lors du contrat. Je vous ai acheté un immeuble; cet immeuble n'était pas à vous, et j'en ai été évincé par le propriété-

taire. Si vous me l'avez vendu le croyant vôtre, il y a eu faute de votre part, mais vous êtes exempt de mauvaise foi; si vous me l'avez vendu sachant qu'il était à autrui, vous êtes coupable de *dol*. J'ai fait sur cet immeuble des dépenses *utiles* : vous devez me les rembourser, lors même que vous êtes exempt de dol, car elles ont pu être raisonnablement prévues au moment du contrat. J'ai fait des dépenses folles, extraordinaires, des dépenses *voluptuaires* : vous n'êtes point tenu de me les rembourser si vous êtes de bonne foi, car vous n'avez pas dû prévoir que je ferais de pareilles dépenses; vous me les devez, au contraire, si vous êtes coupable de dol (art. 1634 et 1635).

Quelle est la raison de cette différence?

Voici la raison de cette différence. Lorsque le débiteur est exempt de *dol*, l'obligation de payer des dommages et intérêts a pour fondement une clause tacite par laquelle le débiteur est censé promettre qu'il indemnisera le créancier du dommage que pourra lui causer l'inexécution de l'obligation; or, cette convention tacite et présumée n'a pu avoir pour objet que les dommages *qui ont dû naturellement se présenter à la pensée des parties au moment du contrat*. Lors, au contraire, que le débiteur est de mauvaise foi, c'est son dol qui fait naître l'obligation de réparer le dommage causé : dès lors, il n'y a pas à rechercher si les parties ont ou n'ont pas pu prévoir le dommage éprouvé par le créancier: celui qui commet un dol s'oblige indistinctement, *sive velit, sive nolit*, à la réparation du dommage qu'il cause (1).

Le principe, que le débiteur coupable de dol doit tous les dommages, prévus ou imprévus, ne reçoit-il pas un tempérament?

Toutefois, le principe que le débiteur coupable de dol doit tous les dommages et intérêts, même ceux qu'on n'a pu prévoir, a lui-même une limitation. Ce débiteur ne les doit que lorsqu'ils sont une suite *directe et immédiate* de l'inexécution de l'obligation. Je vous ai vendu *sciemment* un cheval morveux qui a communiqué à vos autres chevaux la maladie dont il était atteint : je dois vous indemniser de la perte du cheval que je vous ai vendu, et aussi de la perte de vos autres chevaux. Mais, si par suite de la perte de vos chevaux, vous avez été empêché de labourer vos terres; si, par suite du préjudice que vous a causé le défaut de culture de vos terres, vous avez été empêché de payer vos créanciers, lesquels ont alors saisi et fait vendre vos biens en temps inopportun et, par conséquent, à vil prix, je ne suis pas tenu de vous indemniser de ces pertes successives : car, si le dol que j'ai commis en a été la première cause, d'autres y ont également contribué, et, par exemple, votre négligence à vous procurer, par achat ou location, d'autres chevaux pour cultiver vos terres, ou à chercher un fermier qui les aurait cultivées moyennant un prix que vous auriez perçu. — La loi ne veut pas que les juges, marchant de déductions en déductions, suivent le dol du débiteur dans toutes ses ramifications : ils doivent négliger les conséquences médiates

(1) MM. Dem., *Progr.*, t. II, n° 581; Dur., t. X, n° 472; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 71; Marc., art. 1150.

et éloignées, et ne s'attacher qu'au dommage auquel il a pu seul donner naissance, qui en est une suite *directe* et *immédiate*.

— En résumé, règle particulière au débiteur de bonne foi : il ne doit que les dommages-intérêts qui ont pu être naturellement prévus au moment du contrat.

Règle particulière au débiteur coupable de dol : il doit même les dommages et intérêts qu'on n'a pas pu raisonnablement prévoir lors du contrat.

Règle commune : l'un et l'autre ne doivent que les dommages et intérêts qui sont une suite *directe* et *immédiate* de l'inexécution de l'obligation.

Art. 1152.

Qu'est-ce qu'une clause pénale ?

Quelle est son utilité ?

Les juges peuvent-ils l'étendre, sous prétexte que le dommage éprouvé par le créancier est supérieur ou inférieur à l'indemnité qu'elle détermine?

1148. — *Détermination des dommages et intérêts par les parties elles-mêmes au moyen d'une clause pénale.* — Lorsque les parties n'ont pas fixé elles-mêmes, et à l'avance, le chiffre des dommages et intérêts que devra payer le débiteur s'il n'exécute pas son obligation, les juges ont une quadruple vérification à faire : 1° l'inexécution de l'obligation a-t-elle causé un dommage au créancier? 2° quelle est l'étendue de ce dommage? 3° le créancier a-t-il été privé d'un gain? 4° quel en est le *quantum* ? De là des questions de fait, des procès, des frais, des lenteurs. Les parties qui sont prudentes prennent le soin, afin de couper court à ces difficultés, de fixer elles-mêmes le montant des dommages et intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas son obligation. Ce règlement anticipé des dommages et intérêts s'appelle, en droit, *clause pénale*.

Pothier, d'après Dumoulin, mais contrairement à l'opinion d'Azon, soutenait que le montant de la clause pénale pouvait être, sur la demande du débiteur, diminué par le juge lorsqu'il était excessif, c'est-à-dire supérieur au dommage éprouvé par le créancier. C'était rentrer dans les questions de fait et faire renaître le procès que la clause pénale avait eu précisément pour objet d'éviter. Le Code a rejeté le système de Pothier : la clause pénale est un *forfait* que doit subir chacune des parties.

Ainsi, le créancier obtiendra toujours, mais il obtiendra uniquement, la somme qui a été stipulée à titre de peine. Les juges ne peuvent, sous aucun prétexte, lui allouer ni une somme plus forte ni une somme moindre.

Art. 1153.

Qui détermine le *quantum* des dommages et intérêts en matière d'obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent ?

Dépend-il des circonstances, de l'étendue du dommage éprouvé par le créancier?

Quid, si le créancier n'a éprouvé aucun dommage ?

1149. — 2° *Obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent. — Détermination des dommages et intérêts par la loi elle-même.* — L'art. 1153 contient plusieurs règles spéciales aux obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent :

1° Selon le droit commun, le *quantum* des dommages et intérêts, quand il n'a pas été fixé par les parties elles-mêmes, au moyen d'une clause pénale, est plus ou moins élevé, suivant les circonstances ; c'est aux juges qu'est laissé le soin d'en déterminer le chiffre (voy. les n^{os} 1145 et s.). Lors, au contraire, que l'obligation se borne au paiement d'une somme d'argent, c'est la loi qui le fixe elle-même ; et son tarif est *invariable*, indépendant des

circonstances. Si considérable ou si minime que soit le dommage éprouvé, le chiffre des dommages et intérêts est, dans tous les cas, le même : le créancier reçoit toujours, mais il reçoit uniquement, à titre d'indemnité, l'intérêt légal de la somme due, c'est-à-dire 5 0/0 en matière civile, 6 0/0 en matière commerciale, à compter du jour où le débiteur a été mis en demeure de payer jusqu'au jour du paiement.

1150. — 2° Selon le même droit commun, le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation doit ou ne doit pas de dommages et intérêts, suivant que l'inexécution de son obligation est ou n'est pas *dommageable*. Le créancier a donc à prouver : 1° sa créance ; 2° la demeure du débiteur ; 3° l'existence d'un dommage résultant de l'inexécution de l'obligation. Il n'en est pas de même ici : *le dommage est présumé*. Le créancier n'a, à cet égard, aucune justification à faire. Le débiteur n'est pas même admis à prouver que le créancier n'a, en réalité, éprouvé aucun préjudice. — Aussi, le créancier d'une somme d'argent a droit à des dommages et intérêts, *encore qu'il n'ait éprouvé aucun dommage par suite du retard que le débiteur a mis à exécuter son obligation* (voy. les nos 1142, 1143).

Quand le débiteur d'une somme d'argent est-il constitué en demeure ?

1151. — 3° En matière ordinaire, la demeure du débiteur peut résulter non-seulement d'une demande en justice, mais encore d'une simple *sommation* (voy. le n° 1137). Il en est différemment quant aux obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent : une simple *sommation* ne suffit point pour constituer le débiteur en demeure et faire courir les intérêts contre lui ; la loi exige une *demande en justice*, ou une citation en conciliation, suivie dans le mois d'une demande en justice (art. 57, C. pr.).

Le créancier qui veut rendre sa créance productive d'intérêts doit-il conclure expressément au paiement du capital et *des intérêts* ?

1152. — Le créancier qui veut rendre sa créance productive d'intérêts doit-il conclure, dans sa demande, au paiement du capital et au paiement des intérêts à compter du jour de sa demande ?

S'il n'a conclu, ni dans sa demande, ni dans le cours du procès, au paiement des intérêts, les juges ne peuvent statuer que sur les conclusions du demandeur. Mais, si le créancier qui, dans sa demande, n'a conclu qu'au paiement du capital, a, *pendente lite*, pris des conclusions spéciales à l'effet d'obtenir les intérêts, ses conclusions prises pendant le cours du procès autorisent-elles le juge à lui accorder les intérêts à compter du jour de sa demande ?

Là est la question. La jurisprudence et la plupart des auteurs la résolvent négativement. On cite à l'appui de cette opinion l'article 1207, où il est dit que la *demande d'intérêts* formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre lui et contre ses codébiteurs ; d'où l'on conclut que la demande qui n'en contient aucune mention ne les fait point courir (1).

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 83; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 65; Marc., art. 1153.

Dans une autre opinion, on soutient que la demande du capital suffit. Les intérêts dont il est traité dans l'art. 1153 ont toujours été appelés, dans la science, *intérêts moratoires*. On les appelle *moratoires*, parce qu'ils sont dus *propter moram*, c'est-à-dire à cause du retard que le débiteur a mis à payer le capital; or, la demande du capital constitue le débiteur en retard ou en demeure de le payer. J'ajoute que, s'il est question dans l'art. 1207 d'une demande d'*intérêts*, les art. 474, C. N., et 57, C. de pr., parlent simplement de la *demande*.

Les parties peuvent-elles joindre une clause pénale à une obligation qui se borne au paiement d'une somme d'argent?

1153. — 4° Selon le droit commun, les parties peuvent, au moyen d'une clause pénale, régler comme elles l'entendent le montant des dommages et intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement (voy. le n° 1148).

La même règle est-elle applicable aux obligations de sommes d'argent? Les parties peuvent-elles, au moyen d'une clause pénale, élever ou diminuer le chiffre des dommages et intérêts, tel qu'il est fixé par la loi?

La clause pénale est bien évidemment valable quand elle est favorable au débiteur, c'est-à-dire quand elle abaisse l'indemnité déterminée par la loi. Ainsi, lorsqu'en vous empruntant une somme d'argent, je promets qu'en cas de retard je vous paierai, à titre d'indemnité, 4 0/0, à compter de votre demande en justice, cette clause est très-licite. Mais que décider si la clause pénale élève le chiffre de l'indemnité légale, si le créancier stipule qu'en cas de retard, le débiteur paiera 7 0/0 à compter de la demande? Cette clause était licite sous l'empire du droit intermédiaire, et sous l'empire du Code Napoléon : car alors il était permis de prêter à quelque taux que ce fût, à 5, à 10, à 20 0/0 (voy. l'expl. de l'art. 1907). Mais, trois ans après la promulgation du Code, la loi du 3 septembre 1807 est venue, qui a limité le taux de l'intérêt conventionnel : toute clause qui l'élève au-dessus du taux légal, c'est-à-dire du taux de 5 0/0 en matière civile, ou de 6 0/0 en matière commerciale, est dite *usuraire*, et comme telle frappée de nullité. L'art. 1152, qui défend aux juges d'allouer au créancier une somme moindre que celle qui a été stipulée à titre de peine, n'est donc pas, sous ce rapport, applicable aux obligations qui ont pour objet une somme d'argent. La clause pénale dont le montant dépasse le chiffre que la loi tolère est usuraire : elle doit, en conséquence, être réduite et ramenée au taux légal. Autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder la loi prohibitive du 3 septembre 1807 : on ferait de l'usure sous la forme d'une clause pénale.

Quid, si la clause pénale a été stipulée pour le cas où le dommage déterminé viendrait à se réaliser par suite du retard dans le paiement?

Toutefois, quelques personnes pensent que la clause pénale, bien que supérieure au taux légal, doit être maintenue lorsqu'elle a été stipulée pour le cas où tel dommage déterminé, que redoute le créancier, viendrait à se réaliser par suite du retard dans le paiement.

D'autres soutiennent, au contraire, que, *même dans ce cas*, la

clause pénale doit être réduite au taux légal. L'indemnité, disent-elles, consiste *dans l'intérêt légal du capital* (art. 1153); or, les parties ne peuvent point stipuler un intérêt conventionnel supérieur au taux légal (loi du 3 septembre 1807). La règle est absolue, elle comprend toutes les hypothèses possibles (1).

1154. — Résumons, par une espèce, les principes qui viennent d'être développés.

Je vous ai prêté, sans intérêt, la somme de 1,000 fr., pour un an. L'année expirée, vous ne me payez point; je vous fais sommation de payer; elle reste sans résultat. En désespoir de cause, je vous fais assigner en paiement de la somme que vous me devez. Le retard que vous avez mis à me payer m'a causé un *préjudice* CONSIDÉRABLE : qu'obtiendrai-je à titre d'indemnité? 5 0/0, à compter, non pas du jour de *l'échéance de votre dette*, non pas même du *jour de la sommation*, mais seulement du jour de *ma demande en justice!* De là il suit que je ne recevrai aucune indemnité si vous me payez le jour de ma demande, ou que je ne recevrai qu'une indemnité dérisoire si vous me payez le lendemain de ma demande, ou quelques jours après.

Le créancier d'une somme d'argent n'est-il pas fort mal traité? La loi ne lui accorde-t-elle point une compensation?

Dans l'espèce, le créancier est fort mal traité. Mais, si vous supposez l'hypothèse inverse, c'est le contraire qui aura lieu : c'est, en effet, le débiteur qui sera sacrifié, si le retard qu'il a mis à exécuter son obligation n'a causé aucun dommage au créancier, ou si le dommage qu'il a causé est inférieur au taux légal de l'intérêt.

1155. — Il nous reste à dire les motifs des différentes règles que nous venons d'étudier.

Pourquoi la seule échéance du terme ne suffit-elle point pour faire courir les intérêts?

1° L'échéance du terme ne suffit point pour faire courir les intérêts, *parce que la loi présume que le créancier qui ne demande point le paiement qu'il a droit d'exiger n'a pas besoin de l'argent qui lui est dû;* qu'il consent tacitement à le laisser encore pendant quelque temps au débiteur.

Pourquoi la *sommation* ne les fait-elle point courir comme la demande en justice?

2° La sommation ne suffit point pour les faire courir; la loi n'a attaché cet effet qu'à la demande en justice, *parce que, ici encore, par une faveur très-marquée pour les débiteurs de sommes d'argent, elle présume que le créancier, qui, au lieu de recourir aux voies judiciaires, se contente d'une simple sommation, n'a pas un besoin bien pressant des fonds qui lui sont dus.* Cette simple menace de poursuivre ne fait pas une grande impression sur l'esprit du débiteur : il peut espérer encore que le créancier sera indulgent, et croire qu'il n'a pas l'intention réelle et bien arrêtée d'être immédiatement payé. La sommation, si elle faisait courir les intérêts contre lui, le rendrait donc victime de la fausse confiance qu'elle lui a inspirée, et c'est ce que la loi ne permet point : elle veut que le débiteur ne doive les intérêts qu'à partir du moment où il a résisté à une demande faite de telle manière qu'il lui soit bien démontré que son créancier a un besoin réel et sérieux de son argent; que,

(1) MM. Val.; Marc., art. 1153. — *Contrà*, M. Dur., t. X, n° 488.

s'il ne le rembourse point, il ne lui laissera ni paix ni trêve. Or, la demande en justice est seule propre à manifester cette intention du créancier (1).

Pourquoi la loi a-t-elle fixé, d'une manière invariable, à 5 0/0 en matière civile, 6 0/0 en matière commerciale, le montant des dommages et intérêts dus par les débiteurs de sommes d'argent ?

3° L'indemnité due au créancier d'une somme d'argent est fixée d'une manière *invariable;* elle ne dépend point, comme lorsqu'il s'agit de toute autre obligation, de l'étendue du dommage éprouvé : qu'il soit considérable ou qu'il soit à peu près nul, ou même nul, le tarif est toujours le même. Quelle est la raison de cette dérogation au droit commun? Elle est bien simple. Lorsqu'il s'agit d'une obligation soit de faire ou de ne pas faire, soit de donner une chose autre qu'une somme d'argent, le dommage que cause l'inexécution de cette obligation est nécessairement limité : les juges n'ont pas de peine à l'apprécier. Il n'en est pas de même des pertes que le retard de payer une somme d'argent peut causer à un créancier, ou des gains qu'il peut l'empêcher de faire : ces pertes et ces gains peuvent, en effet, varier à l'infini. Les prétentions du créancier n'auraient point de limites, et rien ne serait plus difficile que de les apprécier : de là la nécessité d'un tarif invariable, indépendant des circonstances (2).

Un autre motif a été donné : l'intérêt au taux légal sert ici d'indemnité, parce que la loi présume que, si le créancier eût été payé de son argent le jour même de sa demande, le profit qu'il en aurait retiré n'aurait été ni supérieur ni inférieur à l'intérêt qu'un bon père de famille retire de son argent, c'est-à-dire au 5 0/0 en matière civile ou au 6 0/0 en matière commerciale.

1156. — Quelques-unes de nos règles souffrent des exceptions. Ainsi :

La règle que la *sommation* ne suffit point pour faire courir les intérêts est-elle absolue ?

1° La règle que la simple *sommation* ne suffit point pour faire courir les intérêts reçoit deux exceptions. Elles sont prévues et réglées par les art. 474 et 1652.

La règle qu'ils ne courent pas de plein droit ne souffre-t-elle point de nombreuses exceptions ?

2° La règle que les intérêts ne courent pas de plein droit, c'est-à-dire indépendamment d'une stipulation expresse ou d'une demande en justice, reçoit plusieurs exceptions (voy. les art. 474, 856, 1440, 1570, 1652, 1846, 1996, 2001, 2028). Elles sont même si nombreuses, qu'on peut hardiment renverser la proposition et dire : « En principe, les intérêts courent de plein droit; ce n'est que par exception qu'il faut une demande en justice pour les faire courir. »

Le *quantum* des dommages et intérêts ne peut-il pas, dans certains cas, dépasser l'intérêt légal du capital, à compter du jour de la demande?

3° La règle suivant laquelle l'indemnité due au créancier ne dépasse point l'intérêt légal du capital, à compter du jour de sa demande, lors même que le dommage par lui éprouvé est de beaucoup supérieur, cette règle reçoit trois exceptions :

a. La caution qui a payé le créancier et qui, à raison de ce paiement, a un recours à exercer contre le débiteur, a toujours droit,

(1) Le *commandement* de payer la manifeste aussi énergiquement, et cependant il ne fait point courir les intérêts; la loi n'a pas été logique.

(2) MM. Val.; Marc., art. 1153.

à compter du jour même de ses déboursés, aux intérêts légaux de l'argent qui lui est dû ; mais, si cette indemnité ne suffit point pour la remplir du dommage qu'elle a réellement éprouvé, la loi veut qu'elle soit complétement rendue indemne (voy. l'explic. de l'article 2028).

b. L'associé qui a promis une somme d'argent et qui ne réalise point son apport à l'époque convenue est tenu de payer à la société l'intérêt de cette somme au taux légal, à compter du jour où il aurait dû la livrer, et, en outre, *de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu* (voy. l'explic. de l'art. 1846).

c. Le porteur d'une lettre de change qui n'a pas été payée à l'échéance peut réclamer de l'un des endosseurs ou du tireur, à titre d'indemnité, les intérêts au taux légal, le prix du rechange et les autres frais légitimes, tels que frais de commission, de banque, de timbre et ports de lettres (art. 181, C. comm.).

Art. 1154.

Qu'est-ce que l'anatocisme ?

1157. — III. *Des intérêts des intérêts, ou de l'anatocisme.* — On appelle *anatocisme* l'intérêt des intérêts produits par un capital et à leur tour capitalisés. L'ancien droit romain permettait de capitaliser les intérêts *actuellement échus;* la capitalisation des intérêts *à échoir* était prohibée. Sous Justinien, l'anatocisme fut défendu tant pour les intérêts *échus* que pour les intérêts *à échoir*.

Cette prohibition absolue fut maintenue, non-seulement dans notre ancien droit français, où l'on considérait comme immorale toute stipulation d'intérêt, mais encore dans le droit intermédiaire, qui pourtant permettait de prêter un *capital* à quelque taux que ce fût.

Le Code, comme le droit intermédiaire, laisse aux parties une entière liberté quant au prêt des *capitaux :* on peut prêter à quelque taux que ce soit, à 10, 20, 50 0/0 (1). Quant à l'anatocisme, il est autorisé, mais dans certaines limites seulement, sous certaines restrictions ; nous les étudierons tout à l'heure.

Le Code l'autorise-t il ?

Voici donc la législation du Code :

Les parties jouissent-elles, à cet égard, d'une liberté absolue?

Prêt du capital, liberté entière : on peut prêter à 100 0/0, si l'on veut. Anatocisme ou capitalisation de l'intérêt, liberté restreinte, limitée.

Pourquoi la loi a t-elle renfermé l'anatocisme dans de certaines limites ?

Faut-il voir là une contradiction ? Sans doute ! Toutefois, cette distinction peut être justifiée. Lorsque je vous propose un capital à 10, 20, 50, 100 0/0, vous savez au juste ce que j'exige de vous, et, si vous acceptez, c'est en parfaite connaissance de cause que vous le faites. Mais, quand je vous propose un capital à 5 0/0, et sous la condition que l'intérêt échu chaque mois, ou mieux encore chaque semaine, se capitalisera et s'adjoindra au capital pour devenir, comme lui, productif d'intérêts, il vous est bien difficile, si vous n'avez pas une grande habitude des affaires, d'apprécier, même approximativement, ce que vous coûtera, au bout de l'an-

(1) Le cours de l'intérêt a été limité par une loi postérieure au Code, par la loi du 3 septembre 1807.

née, l'argent qui vous est offert : un écu prêté à la semaine produit, pour un an, environ 1,500 francs ! La loi a pensé, en conséquence, qu'elle devait renfermer l'anatocisme dans de justes limites, afin de protéger les emprunteurs inexpérimentés.

Quand donc et à quelles conditions les intérêts peuvent-ils être capitalisés et rendus productifs d'intérêts ?

1158. — Les intérêts peuvent être capitalisés et rendus productifs d'intérêts, soit au moyen d'une demande en justice, soit par une convention.

Cette capitalisation n'est permise qu'autant que deux conditions concourent. Il faut :

1° Que les intérêts qu'on veut capitaliser soient *échus*, *actuellement dus* : le créancier ne peut donc capitaliser que les intérêts qu'il aurait droit d'exiger actuellement.

2° Qu'ils soient dus *pour un an*. Remarquez bien que je ne dis point : *dus depuis un an*. Peu importe le temps qui s'est écoulé entre leur échéance et celui où est intervenue la convention. Ainsi, les intérêts *échus, actuellement dus*, peuvent être capitalisés le lendemain de leur échéance ou le jour même, pourvu qu'ils soient dus *pour un an*, c'est-à-dire pour une jouissance du capital pendant un an.

Peut-on, lorsqu'on prête un capital pour plusieurs années, stipuler, dans l'acte même du prêt, que l'intérêt échu chaque année se capitalisera, et se joindra au capital pour devenir, comme lui, productif d'intérêts ?

1159.—Ces deux règles vont nous servir à résoudre deux questions qui sont controversées.

1° Peut-on, lorsqu'on prête un capital pour plusieurs années, pour dix ans par exemple, stipuler dans l'acte même du prêt que l'intérêt échu chaque année se capitalisera, et se joindra au capital pour devenir, comme lui, productif d'intérêts? Je réponds, sans hésiter, non! cette stipulation n'est pas permise. Elle ne l'est pas, puisqu'elle a pour objet des intérêts qui ne sont pas *échus*, des intérêts *à échoir*. L'art. 1154 est formel : la *demande en justice* et la CONVENTION sont mises sur la même ligne : l'effet que l'une produit, l'autre le produit également et sous les *mêmes conditions*. Or, il est bien évident que la capitalisation des intérêts au moyen d'une *demande en justice* ne peut s'appliquer qu'à des intérêts *échus, que le créancier est en droit d'exiger* : donc... — Cette capitalisation anticipée des intérêts serait, d'ailleurs, fort dangereuse : les emprunteurs l'accepteraient toujours, et elle porterait une atteinte très-grave au crédit public. Le paiement qu'on ne doit faire que dans un avenir éloigné nous inquiète peu : les moins présomptueux sont convaincus qu'ils seront en mesure quand viendra le moment de s'acquitter. Les débiteurs qui n'auraient rien à payer, après chaque échéance, s'endormiraient donc dans une fausse confiance. Que si, au contraire, l'emprunt est arrangé de telle manière que le débiteur devra, chaque année, payer les intérêts échus, cette dette à courte échéance éveillera son attention et le forcera de faire des économies, afin d'être en mesure de satisfaire son créancier (1).

(1) MM. Val.; Marc., art. 1154 ; Demol., t. I, nos 655 et 656. — *Contrà*, MM. Duc., t. X, no 499; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 72.

Peut-on, quand les intérêts sont échus, les capitaliser quoiqu'ils soient dus pour moins d'un an?

1160. — 2° Peut-on, quand les intérêts sont échus, les capitaliser *quoiqu'ils soient dus pour moins d'un an?* Je vous ai prêté, à 5 0/0, 20,000 fr. *pour six mois*. Puis-je, à l'échéance des six mois, convenir que vous garderez pour six mois encore, et à 5 0/0: 1° le capital que je vous ai primitivement prêté, et 2° les intérêts que ce capital a produits? Je réponds encore, sans hésiter, non! cette convention n'est pas permise. Elle est en dehors des termes de l'art. 1154, puisqu'elle a pour objet des intérêts échus non pas *pour un an*, mais *pour six mois seulement*, et cela suffit pour la faire rejeter.

« Mais, dit-on, si la loi prohibait cette convention, rien ne serait plus facile que d'éluder sa prohibition. Le débiteur paierait le capital et les intérêts échus, et recevrait ensuite et immédiatement, à titre de prêt, la somme par lui payée. Or, on ne doit pas supposer que la loi ait défendu ce qu'en réalité on ne peut empêcher. » — Je réponds qu'il y aura là une question de fait. Si les juges reconnaissent que l'anatocisme a été stipulé indirectement et par voie détournée, ils annuleront cette stipulation. Il en est de même de toute loi prohibitive, et, par exemple, de la loi du 3 septembre 1807, qui défend de prêter au-delà du taux qu'elle a fixé : rien, assurément, n'est plus facile que d'éluder sa prohibition; cela n'empêche point qu'elle existe réellement. Quand les particuliers la violent, la justice la fait respecter.

Tout le monde, d'ailleurs, reconnaît, et le texte de l'art. 1154 est si formel qu'aucun doute n'est possible à cet égard, que les intérêts qui ne sont pas échus *pour un an* ne peuvent pas être capitalisés au moyen d'*une demande en justice*. Or, je l'ai dit déjà, l'art. 1154 met *la convention* sur la même ligne que *la demande en justice* : l'effet que l'une produit, l'autre le produit également, et *sous les mêmes conditions*. Donc... (1).

Art. 1155.

Quels sont les revenus qui peuvent être rendus productifs d'intérêts, quoiqu'ils ne soient point dus pour un an?

Ces revenus peuvent-ils être capitalisés avant qu'ils soient échus?

1161. — IV. *Des revenus qui peuvent être rendus productifs d'intérêts*, quoiqu'ils ne soient point *dus pour un an*. — Ce sont : 1° les loyers des maisons; 2° les fermages des biens ruraux; 3° les arrérages des rentes perpétuelles et viagères. Ainsi, lorsque je vous loue ma maison, moyennant 1,200 fr., payables par trimestre, je puis, à chaque trimestre, convenir avec vous qu'au lieu de me payer le terme échu, vous le garderez à titre de prêt à 5 0/0. Mais remarquez que cette convention ne serait pas valable si elle était faite *à l'avance*, dans l'acte même de location. L'art. 1155 est formel : les revenus qui peuvent être rendus productifs d'intérêts sont des revenus *échus*.

1162. — Lorsque le possesseur de mauvaise foi a été condamné à payer une somme d'argent à titre de dommages-intérêts, cette somme constitue un capital que les parties peuvent, à leur gré, rendre productif d'intérêts.

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 72; Marc., art. 1154; Demol., t. I, nos 657-659. — *Contrà*, M. Dur., t. X, n° 500.

Il en est de même des intérêts qui ont été payés par un tiers à la décharge du débiteur : la somme payée par ce tiers, et pour laquelle il a recours contre le débiteur, peut être rendue productive d'intérêts (1), même au cas où les intérêts payés en l'acquit du débiteur *n'étaient point dus pour un an*.

SECTION V. — DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS.

Art. 1156 à 1164.

Quelles sont les règles à suivre pour interpréter une convention ?

1163. — On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

Lorsqu'une convention est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans le sens avec lequel elle peut produire quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun : car on ne peut croire que les parties ont voulu faire un acte inutile, sans objet.

La règle que *les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat*, est-elle en harmonie avec cette autre règle : *La clause qui est susceptible de deux sens doit être entendue plutôt dans le sens avec lequel elle peut produire un effet que dans celui avec lequel elle n'en peut produire aucun* ?

Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat. Ainsi, lorsqu'en vous louant ma maison, je stipule que vous serez tenu des *réparations*, ce mot *réparations* est amphibologique : car il peut s'entendre soit de toutes les réparations qui seront nécessaires à la conservation de la maison louée, soit des réparations dites *locatives*. Mais, comme les locataires ne sont tenus, d'après la nature du contrat de louage, que des réparations locatives (art. 1754), on doit supposer que c'est dans un sens restreint que nous l'avons employé.

Cette règle d'interprétation est contraire à cette autre règle que *la clause qui est susceptible de deux sens doit être entendue plutôt dans le sens avec lequel elle peut produire un effet, que dans celui avec lequel elle n'en peut produire aucun*. Du moment que les choses qui sont de la nature du contrat y sont toujours sous-entendues, il est évident qu'il est inutile de les y faire entrer au moyen d'une clause expresse ; d'où il résulte qu'interpréter un mot amphibologique dans le sens qui convient le mieux à la nature du contrat, c'est l'entendre dans le sens avec lequel il ne peut produire aucun effet, c'est supposer que les parties ont voulu ajouter au contrat une clause *inutile*, et, par conséquent, violer l'excellente règle que je viens de rappeler. — La loi a probablement considéré que la plupart des actes contiennent des clauses qui n'ont pas besoin d'y être, des clauses surabondantes, et qu'ainsi on se tromperait le plus souvent si, lorsqu'elles sont susceptibles de deux sens, on les entendait dans le sens qui s'écarte le plus de la nature du contrat.

— Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

(1) Cette convention sera même rarement nécessaire : car les tiers qui paient la dette d'autrui acquièrent une créance qui, le plus souvent, est *de plein droit* productive d'intérêts (voy. l'art. 2001 et, ci-dessous, le n° 1666, 4°).

— On doit suppléer, dans le contrat, les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

Ainsi, le locataire est tenu des réparations *locatives*, même quand il ne s'en est point expressément chargé : cette clause, étant de la nature du contrat, y est sous-entendue (art. 1754).

Toutes les clauses d'une convention s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier : *Incivile est legem dicere, aut respondere, nisi inspectâ totâ lege.*

— Quelque généraux que soient les termes employés, la convention ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter. Ainsi, par exemple, le légataire qui, dans une transaction intervenue entre lui et l'héritier, a déclaré renoncer à *tous ses droits*, n'est pas supposé avoir renoncé aux droits qui lui compètent en vertu d'un second testament découvert postérieurement à la transaction.

Lorsque, dans un contrat, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé par là avoir voulu restreindre l'application que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. Les parties, soit parce qu'elles ignorent les dispositions de la loi, soit parce qu'elles ont quelque doute qu'elles veulent lever, croient souvent nécessaire de s'expliquer sur un point que la loi décide elle-même. C'est ainsi, par exemple, qu'on trouve fréquemment dans les actes de vente la clause que le vendeur est garant des servitudes non apparentes dont la chose vendue peut être grevée. Cette clause, si on lui appliquait la règle d'interprétation énoncée dans l'art. 1157, signifierait que l'obligation de garantie dont les vendeurs sont tenus, laquelle obligation comprend plusieurs objets (art. 1625 et 1626), sera, dans l'espèce, *restreinte* aux servitudes dont peut être grevée la chose vendue : car, si elle n'est pas restrictive, quel effet peut-elle produire ? Aucun, puisque la garantie sur laquelle elle statue est de droit (article 1638). Mais la loi a pensé que l'argument : *qui dicit de uno negat de altero*, conduirait presque toujours à des conséquences restrictives qui ne sont point dans la pensée des parties : elle ne voit donc, dans ces clauses explicatives d'un cas particulier, que des énonciations inutiles, des superfluités qu'expliquent suffisamment les habitudes de la pratique et l'ignorance des parties.

Quid, lorsque les règles d'interprétation sont insuffisantes pour faire connaître l'intention réelle des parties ?

1164. — Lorsque les règles d'interprétation que nous venons d'étudier sont insuffisantes pour faire connaître l'intention réelle des parties, « *le doute* s'interprète en faveur du *débiteur* contre le créancier. »

Pourquoi le doute s'interprète-t-il contre le créancier ?

Mais pourquoi s'interprète-t-il contre le créancier ?

S'interprète-t-il toujours contre lui ?

Parce que, a-t-on dit, la loi est favorable au débiteur. — Cette explication n'est pas satisfaisante. Et d'abord, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, quelle sera la partie contre laquelle le doute devra s'interpréter ? Chacune d'elles a la double qualité de créancier et de débiteur ! Qu'on suppose, maintenant, qu'un

créancier ayant fait preuve de la naissance de son droit, le débiteur se prétende libéré : si le titre qu'il présente à l'appui de sa prétention est conçu de telle manière qu'il n'établisse pas clairement sa libération, s'il est obscur ou ambigu, est-ce que le doute s'interprétera contre le créancier? Non, évidemment! Le créancier ayant fait preuve de son droit, le débiteur doit être condamné, à moins qu'il ne prouve sa libération (art. 1315) ; or, dans l'espèce, il ne la prouve point, puisque le titre qu'il invoque à l'appui de sa prétention ne fait naître qu'un *doute*.

Le doute s'interprète donc tantôt contre le créancier, tantôt contre le débiteur : contre le créancier, quand le titre qu'il invoque pour prouver son droit ne l'établit pas clairement; contre le débiteur, lorsqu'il se prétend libéré d'une dette dont la preuve a été faite, et que la prétendue quittance sur laquelle il s'appuie ne prouve pas clairement sa prétention.

SECTION VI. — DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS.

24e *Répétition.*

Art. 1165.

Entre quelles personnes les conventions produisent-elles leur effet? Peuvent-elles être invoquées par ou contre les ayant-cause *particuliers* des parties?

1165. — Les conventions n'ont d'effet qu'entre les *parties* contractantes; elles ne nuisent ni ne profitent aux *tiers*. Il faut ici entendre par *parties*, non-seulement ceux qui ont, *par eux-mêmes*, figuré au contrat, mais encore ceux qui y ont figuré fictivement, soit par leur mandataire ou leur gérant d'affaires (voy. le n° 1065), soit par leur *auteur*, c'est-à-dire par la personne dont ils sont les ayant-cause (voy. les nos 1080 et s.). Ainsi, les conventions faites par un mandataire ou par un gérant d'affaires peuvent être invoquées par ou contre le mandant ou le maître. Celles qui émanent d'un défunt peuvent l'être par ou contre ses successeurs universels. Quant aux ayant-cause particuliers, les acheteurs, donataires, coéchangistes..., ils peuvent invoquer, et on peut invoquer contre eux, les conventions par lesquelles leur auteur avait, avant la vente, la donation ou l'échange..., étendu ou amoindri le droit qu'ils tiennent de lui (voy. le n° 1082).

Le principe que les conventions ne nuisent pas aux tiers est-il absolu?

1166. — Le principe que les conventions ne *nuisent* point aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui n'ont point figuré au contrat, ni par elles-mêmes, ni par leur mandataire ou gérant d'affaires, ni enfin par leur auteur, souffre une exception : le *concordat* oblige, en effet, non-seulement la majorité des créanciers qui l'a consenti, mais encore la minorité qui l'a repoussé; il oblige même les créanciers qui, étant absents ou inconnus, n'ont point pris part à la délibération (art. 507 et 516 comb., C. comm.).

Le principe qu'elles ne profitent point aux tiers souffre-t-il des exceptions?

1167. — Le principe que les conventions ne *profitent* point aux tiers souffre plusieurs exceptions :

1° Les conventions profitent aux tiers dans la double hypothèse prévue par l'art. 1121;

2° En matière de substitution, les appelés à la substitution en profitent, lors même qu'ils n'ont pas été parties au contrat de do-

nation qui la contient et quoiqu'ils ne soient pas les ayant-cause du grevé (voy. le n° 925);

3° En matière de donation de biens à venir, les enfants nés du mariage que le donateur a voulu favoriser, peuvent invoquer, *de leur propre chef*, la donation dans laquelle leur père ou leur mère a joué le rôle de donataire (voy. le n° 984).

Art. 1166 et 1167.

1168. — La loi présente, comme une double exception au principe que les conventions ne profitent ni ne nuisent aux tiers, la double faculté qu'ont les créanciers d'*exercer les droits de leur débiteur* (art. 1166) et de *faire révoquer les actes qu'il a faits en fraude de leurs droits* (art. 1167). Mais il y a là une double inexactitude.

Les dispositions des art. 1166 et 1167 dérogent-elles au principe que les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers?

1° Lorsque les créanciers exercent les droits de leur débiteur, lorsqu'ils invoquent les conventions qu'il a faites, ils n'agissent point de leur chef et en leur propre nom : ils agissent du chef et au nom de leur débiteur, qui est réputé leur avoir donné mandat à cet effet. Dès lors, il n'est pas vrai de dire que, dans l'espèce, la convention est invoquée par un *tiers*.

2° Les créanciers qui attaquent la convention que leur débiteur a faite en fraude de leurs droits invoquent précisément le principe que *les conventions ne nuisent point aux tiers*. Que prétendent-ils, en effet? Que leur débiteur, ayant agi *frauduleusement*, ne les a pas représentés au contrat, qu'ils n'y ont pas été parties et qu'ainsi il ne leur est pas opposable. Il y a donc là, non pas une exception aux règles, mais une véritable application des principes.

A quel principe se rattachent-elles?

1169. — Les dispositions des art. 1166 et 1167 se rattachent à une idée commune. La personne qui s'oblige est réputée affecter à l'acquittement de son obligation : 1° tous ses biens présents; 2° tous ses biens à venir, au fur et à mesure qu'ils entrent dans son patrimoine. Tous les biens du débiteur, ses créances, ses actions, ses droits réels, biens présents ou à venir, mobiliers ou immobiliers, sont, par conséquent, le gage de ses créanciers (art. 2092 et 2093). Mais ce droit de gage n'enlève au débiteur ni la faculté de contracter de nouvelles obligations ni la faculté de disposer de ses biens. Ce droit de gage subit toutes les variations qui se font dans la fortune du débiteur : il s'élève ou s'amoindrit, suivant qu'elle augmente ou qu'elle diminue. Tout bien qui entre dans le patrimoine du débiteur entre dans le gage de ses créanciers; tout bien dont il cesse d'être propriétaire échappe à leur droit; tout droit qui s'éteint pour lui s'éteint également pour eux.

Si donc un débiteur compromet, faute de les exercer, les droits et actions qui lui compètent, il compromet, par cela même, le gage de ses créanciers. De là la règle de l'art. 1166 : « Les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur. » C'est pour eux un moyen de conserver et de faire valoir leur gage.

Si le débiteur aliène quelques-uns de ses biens ou s'il contracte de nouvelles obligations, il diminue, par là même, la sûreté de ses créanciers. Ceux-ci doivent, *en principe*, subir cette atteinte à leur droit : car le débiteur a conservé, nonobstant le gage qui pèse sur

ses biens, la faculté d'en disposer et de contracter des obligations nouvelles. Mais ce pouvoir est limité par une condition toute naturelle, par une condition de *bonne foi*. De là la règle de l'art. 1167 : « Les créanciers peuvent attaquer les actes faits *en fraude* de leurs droits. » Cette faculté est pour eux un moyen de retrouver leur gage : elle en est la sanction.

Reprenons chacune de ces règles.

Art. 1166.

Quelles applications peut-on faire de la faculté accordée aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur ?

1170. — I. « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur. » — Ainsi, par exemple, ils peuvent, quand il néglige de le faire lui-même, revendiquer ses biens contre les tiers qui les possèdent et qui sont en voie de les prescrire; former des demandes en justice contre ses débiteurs, afin d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts; accepter les successions qui lui sont échues; faire casser, rétracter ou annuler, par les voies de recours dont ils sont susceptibles, les jugements qui ont été rendus contre lui, etc.

Agissent-ils alors en leur propre nom ?

Dans ces différentes hypothèses, le créancier n'exerce pas un droit qui lui est propre : c'est le droit du débiteur qu'il fait valoir. Il agit donc au nom et du chef du débiteur, de la même manière qu'un mandataire agit au nom et pour le compte de son mandant.

Doivent-ils, avant d'agir, se faire subroger *judiciairement* au lieu et place de leur débiteur ?

1171. — Si le débiteur donne mandat aux créanciers de le représenter, d'agir pour lui, rien de mieux. Mais, à défaut d'un mandat conventionnel, les créanciers peuvent-ils, s'appuyant sur le principe de l'art. 1166, exercer les droits de leur débiteur, soit à son insu, soit même malgré lui ? On décide généralement qu'ils ne le peuvent pas : ce serait, dit-on, s'emparer d'un droit appartenant au débiteur, et il n'est permis à personne, pas même à un créancier, de se mettre, de sa propre autorité, en possession du droit d'autrui. Dans ce système, les créanciers qui veulent user de la faculté qui leur est accordée par l'art. 1166 doivent *préalablement* se faire subroger *judiciairement* au lieu et place de leur débiteur (art. 788) (1).

Dans un autre système, cette subrogation judiciaire et préalable n'est pas nécessaire. Le créancier est mandataire *légal* à l'effet d'exercer les droits de son débiteur ; ce mandat, il le puise dans l'art. 1166. Or, s'il est investi d'un mandat légal, à quoi bon un mandat judiciaire ? Il peut donc agir *directement*, sauf à faire vérifier sa créance en justice si elle est contestée par son débiteur ou par le tiers contre lequel il agit (2).

(1) MM. Dem., *Progr.*, t. II, p. 596; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 78; Marc., art. 1166.

(2) MM. Val.; Bonnier, *Revue prat.*, t. I, p. 97. — J'ajoute, à l'appui de ce système, que le créancier qui use de la faculté que lui accorde l'art. 1166 ne s'empare point du droit du débiteur. Il l'exerce, mais il ne l'en dépouille point : il l'exerce afin de le *conserver dans leur intérêt commun*. C'est, de sa part, un simple *acte conservatoire*. — J'en conclus que cette faculté appartient, non pas seulement aux créanciers purs et simples, mais encore aux créanciers à terme, ou même conditionnels (voy. art. 1180). Il y a, selon moi, une bien

Le bénéfice né de l'action exercée du chef du débiteur par l'un de ses créanciers appartient-il exclusivement à ce dernier?

1172. — Quoi qu'il en soit, il est certain que le bénéfice né de l'action exercée, du chef du débiteur, par l'un de ses créanciers, n'appartient pas exclusivement à ce dernier. La loi veut qu'on le partage, au marc le franc, entre tous les créanciers qui se présentent à temps, à moins qu'il n'existe entre eux quelque cause de préférence (art. 2093).

Art. 1167.

Quelle est l'origine du droit accordé aux créanciers d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits?

1173. — II. « Les créanciers peuvent attaquer tous les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. »

Origine de ce droit. — Elle est toute romaine. On sait que le préteur permit aux créanciers d'attaquer les actes que leurs débiteurs faisaient en fraude de leurs droits ; il leur donna, à cet effet, une action, appelée *Paulienne*, du nom du préteur qui l'introduisit (*Inst. de Just.*, lib. IV, Tit. VI, § 6). Cette action Paulienne, déjà consacrée par notre ancienne jurisprudence, a été reproduite par notre art. 1167.

A quelles conditions est subordonné l'exercice de *l'action Paulienne?*

1174. — *Des conditions auxquelles est subordonné l'exercice de l'action Paulienne.* — Le créancier qui demande la révocation d'un acte fait par son débiteur doit prouver :

1° Que cet acte lui a causé un *préjudice.*

Il y a préjudice lorsque l'acte dont se plaint le créancier a fait naître ou a augmenté l'insolvabilité du débiteur.

Comment les créanciers prouvent-ils que l'acte qu'ils attaquent leur a causé un préjudice?

Le créancier prouve cette insolvabilité en saisissant les biens de son débiteur et en les faisant vendre en justice. Si le prix en provenant ne suffit point pour le désintéresser complétement, le préjudice est établi.

Qu'est-ce que le bénéfice de discussion dont jouit le défendeur à l'action Paulienne?

Ainsi, le tiers qui a traité avec le débiteur peut se défendre contre l'action *Paulienne*, en disant au créancier : « Prouvez que l'acte que vous attaquez vous a causé un préjudice : *discutez*, par conséquent, c'est-à-dire saisissez et faites vendre en justice les biens de votre débiteur. Si l'argent provenant de cette vente ne suffit pas pour vous désintéresser, alors vous reviendrez contre moi. » Cette défense, ou exception, s'appelle *bénéfice de discussion.*

Si l'insolvabilité du débiteur est le résultat, non pas de l'acte attaqué, mais d'un acte ou de tout autre événement postérieur, l'action Paulienne doit être rejetée.

Quand un acte est-il fait en fraude des créanciers?

1175. — 2° Que cet acte a été fait en *fraude* de ses droits.

Il y a *fraude* lorsque le débiteur a su qu'en le faisant, il allait causer un préjudice à son créancier. L'acte, quoique préjudiciable, est donc inattaquable si le débiteur, au moment où il l'a fait, ignorait le véritable état de ses affaires, s'il n'a point su qu'en le faisant il se mettait dans l'impossibilité de payer ses dettes.

Est-ce à eux de prouver la *fraude?* Comment la prouvent-ils?

C'est au créancier à prouver l'existence de la fraude. Du reste, il peut l'établir par tous les genres de preuves organisés par la loi, non-seulement par l'aveu du débiteur ou par les écrits qu'il a lais-

grande différence entre la saisie-arrêt et l'exercice de la faculté accordée au créancier par l'art. 1166. — M. Labbé a, dans la *Revue critique de législ.*, combattu cette doctrine.

sés subsister, mais encore par témoins (art. 1348), et même par de simples présomptions (art. 1353).

N'est-elle pas quelquefois présumée ?

Cependant, dans quelques cas exceptionnels, la loi établit, à l'égard de certains actes, une présomption de fraude qui dispense les créanciers de la nécessité d'en faire la preuve (art. 446, C. comm.).

Est-il nécessaire de prouver que le défendeur à l'action Paulienne a été complice de la fraude du débiteur ?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1176. — 3° Que le tiers (je suppose qu'il a traité *à titre onéreux*) contre lequel est dirigée l'action Paulienne a su que l'acte qu'il faisait avec le débiteur serait préjudiciable aux créanciers de ce dernier ; en d'autres termes, qu'il a *participé à la fraude*.

Ainsi, quant aux actes *à titre onéreux*, le créancier doit prouver trois choses : 1° le préjudice (*eventus*) ; 2° la fraude de la part du débiteur (*consilium*) ; 3° la complicité de la personne qui a traité avec lui.

Il en est différemment lorsque l'acte attaqué est *à titre gratuit* : l'action Paulienne se donne, dans ce cas, même contre les donataires *de bonne foi*. Le créancier qui attaque une donation n'a, par conséquent, que deux choses à prouver: 1° le préjudice; 2° la fraude du débiteur.

Quels sont les motifs de cette distinction ?

Cette règle n'est pas écrite dans l'art. 1167 ; mais, comme elle existait en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, et comme le Code s'est borné à reproduire d'une manière générale les termes de l'ancienne formule, il n'est pas probable qu'il ait entendu la modifier en rejetant une distinction que l'équité et la nature même des choses recommandent. Si les donataires conservaient, *à raison de leur bonne foi*, le gain que leur a procuré la donation, ce gain serait injuste, puisqu'il serait acquis aux dépens des créanciers du donateur; or, personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Ils combattent pour conserver un gain, *de lucro captando*; les créanciers combattent pour éviter un préjudice, *de damno vitando* ; la loi a dû naturellement préférer les créanciers. Lors, au contraire, qu'il s'agit de contrats à titre onéreux, la loi a dû protéger les tiers qui ont traité avec le débiteur : car, de même que les créanciers, ils combattent *de damno vitando*, et ils ont, en outre, l'avantage de la possession ; or, *in pari causâ melior est causa possidentis* (1).

Est-il indifférent de savoir si le donataire, défendeur à l'action Paulienne, a été ou non complice de la fraude du débiteur ?

1177. — Toutefois, il n'est pas inutile de savoir si le donataire a été ou non complice de la fraude. Au premier cas, le donataire, étant *possesseur de mauvaise foi*, est comptable devant les créanciers, non-seulement des choses qu'il a reçues du donateur, mais encore des fruits ou intérêts qu'il en a retirés. Au second cas, on le traite comme *possesseur de bonne foi* : il garde les fruits et intérêts qu'il a retirés de la chose donnée (voy., en outre, les articles 555, 1379, 1380).

Les créanciers peu-

1178. — Selon le droit romain, les créanciers pouvaient atta-

(1) MM. Dur., t. X, n° 575; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 90 et 91 ; Marc., art. 1167.

vent-ils attaquer les actes par lesquels leur débiteur a refusé d'acquérir ?

Cette règle s'applique-t-elle aux répudiations de succession ?

quer les actes par lesquels leur débiteur avait frauduleusement DIMINUÉ son patrimoine; il ne leur était point permis, au contraire, d'attaquer ceux par lesquels il avait seulement négligé de l'AUGMENTER. Ce principe doit encore être suivi. Ainsi, lorsqu'une donation a été offerte à un débiteur qui, méchamment, *afin de nuire à ses créanciers*, refuse de l'accepter, ses créanciers ne peuvent certainement pas attaquer le refus qu'il a fait et accepter de son chef. — Mais, s'il a répudié soit une succession *ab intestat*, soit une succession testamentaire, ses créanciers peuvent, dans notre droit, attaquer la renonciation : cet acte tombe sous l'application de l'art. 1167. En effet, l'héritier étant de plein droit, dès le jour même de l'ouverture de la succession, saisi de la propriété des biens qui la composent, la répudiation qu'il en fait contient réellement une *diminution* de son patrimoine. S'il en était autrement en droit romain, c'est qu'en répudiant la succession ouverte à son profit, l'héritier volontaire ne faisait *rien sortir de son patrimoine*, puisqu'il n'acquérait que par l'acceptation de la succession, la propriété des biens dont elle était composée (voy. le n° 203). En répudiant la succession, il *négligeait d'acquérir, d'augmenter* son patrimoine, il ne *le diminuait point*.

1179. — Il nous reste une question fort importante à étudier.

Nous avons vu que l'exercice de l'action Paulienne exige la réunion de cette double condition : 1° *préjudice* pour le créancier; 2° *fraude* de la part du débiteur. Mais, aux termes des art. 622 et 788, les créanciers sont autorisés à attaquer la renonciation que leur débiteur a faite, soit à un droit d'usufruit, soit à une succession, lorsque cette renonciation a été faite *à leur préjudice* (voy. aussi l'art. 1053). De là la question suivante :

Est-il nécessaire, dans les hypothèses prévues par les articles 622 et 788, que les créanciers prouvent que la renonciation qu'ils attaquent leur est *préjudiciable* et qu'elle est *frauduleuse ?*

Les créanciers qui attaquent la renonciation que leur débiteur a faite à un droit d'usufruit ou de succession doivent-ils prouver tout à la fois que cette renonciation leur est *préjudiciable* et qu'elle est *frauduleuse ?* Suffit-il, au contraire, qu'ils établissent qu'elle leur est préjudiciable ?

PREMIER SYSTÈME. Ils doivent prouver, tout à la fois, le préjudice et la fraude, *consilium et eventus*. A l'époque de la rédaction des art. 622 et 788, les rédacteurs du Code n'avaient aucun parti pris sur la question de savoir si l'exercice de l'action Paulienne serait soumis à la double condition du préjudice et de la fraude, ou à la condition unique du préjudice : les mots *au préjudice* ayant l'avantage de laisser la question indécise, ils s'en servirent de préférence au mot *fraude*, qui l'aurait résolue dans un sens sur lequel ils n'étaient pas alors d'accord. Plus tard, lorsqu'on en vint à établir la règle générale, on laissa le mot *préjudice* pour prendre le mot *fraude*, qui comprend tout à la fois le préjudice et l'intention de le causer. Par là la question restée indécise dans les articles 622 et 788 se trouve résolue : *l'acte attaqué, de quelque nature qu'il soit, ne peut être révoqué qu'autant qu'il est tout à la fois préjudiciable et frauduleux*. Ce qui prouve que c'est bien là la pensée de

la loi, c'est que tous les articles qui suivent l'art. 1167 et qui sont relatifs à l'action Paulienne, en soumettent l'exercice à la double condition du préjudice et de la fraude (art. 1447 et 1464). La disposition de l'art. 1464 est surtout concluante : l'espèce qu'elle prévoit (renonciation à communauté) est, en effet, quant au point de vue qui nous occupe, entièrement semblable à l'espèce prévue par l'art. 788 (renonciation à succession) (1).

1180. — DEUXIÈME SYSTÈME. Les créanciers n'ont qu'une chose à prouver, *le préjudice*. Les art. 622 et 788 n'exigent, en effet, rien de plus. Et l'on conçoit bien que la preuve du préjudice soit ici suffisante : car les actes dont il s'agit dans ces deux articles, la renonciation à un droit d'usufruit et la répudiation d'une succession, sont de véritables actes à titre gratuit, *des donations* ; or, s'ils étaient maintenus *au préjudice des créanciers* du renonçant, le nu-propriétaire qui profiterait de l'extinction de l'usufruit, le parent qui profiterait de la répudiation de la succession, feraient un gain illégitime, puisqu'ils le réaliseraient aux dépens d'autrui.

La théorie des art. 622, 788 et 1053 ne doit pas être restreinte aux hypothèses particulières qu'ils prévoient ; il faut l'étendre à toutes les espèces analogues, et, par exemple, à la répudiation de la communauté. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1464 la preuve de la *fraude* est exigée pour ce cas ; mais c'est par inadvertance que la loi s'est servie du mot *fraude* : ce mot, dans sa pensée, est synonyme du mot *préjudice*.

Quelques personnes vont même plus loin : elles décident, par analogie de motifs, en s'appuyant sur l'esprit de la loi, que la preuve du préjudice suffit toutes les fois que l'acte attaqué est une *donation*, soit que cette donation consiste dans l'abandon d'un droit, comme dans les hypothèses prévues dans les art. 622, 788, 1053, 1464, soit qu'elle consiste dans l'investiture d'un droit. Aucune donation ne doit être maintenue dès qu'elle ne peut l'être qu'aux dépens d'autrui, c'est-à-dire des créanciers du donateur.

Dans ce système, l'art. 1167 ne s'applique qu'aux actes *à titre onéreux* (2).

1181. — *A quelles personnes appartient l'action Paulienne.* — Elle appartient à tous les créanciers dont la créance est *antérieure* à l'acte dont ils se plaignent. Ceux dont la créance est *postérieure* ne sont point admis à l'attaquer. A quel titre le feraient-ils ? cet acte ne leur a causé aucun préjudice ; il n'a pas été fait *en fraude* de leurs droits, puisque leurs droits n'existaient point encore à l'époque où il a été fait.

Lorsqu'un acte a été fait en fraude des créanciers, qui peut l'attaquer ?

Les créanciers postérieurs à l'acte le peuvent-ils ?

(1) MM. Val.; Marc., art. 1167.

(2) MM. Dur., t. X, n° 577 ; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 90. — Dans un troisième système, l'art. 1167 s'applique à toutes les hypothèses qui n'ont pas été réglées par des dispositions particulières ; quant à celles-ci, il faut les régler d'après les termes mêmes de l'article qui leur est propre.

Voy., sur cette intéressante question, un excellent travail de M. Capmas, aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Il se peut, toutefois, qu'un acte soit pratiqué par un débiteur, non-seulement en fraude de ses créanciers actuels, mais encore dans la vue de tromper ses futurs créanciers. Dans ce cas, l'action Paulienne ne serait plus exclusivement attribuée aux créanciers antérieurs à l'acte; elle appartiendrait également aux créanciers postérieurs.

Quelles personnes sont soumises à l'action Paulienne?
Peut-elle être exercée contre les sous-acquéreurs?
Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

1182. — *Des personnes qui sont soumises à l'action Paulienne.* — Elle peut être exercée : 1° contre les acquéreurs à titre onéreux, lorsqu'ils ont été complices de la fraude du débiteur; — 2° contre les acquéreurs à titre gratuit, lors même qu'ils sont de bonne foi (voy. le n° 1176); — 3° contre leurs héritiers ou successeurs universels. — Mais que décider quant à leurs ayant-cause à titre particulier? Si l'acquéreur direct, je veux dire celui qui a traité avec le débiteur, vend, donne ou hypothèque le bien qu'il tient de lui, le sous-acquéreur est-il soumis à l'action Paulienne? Il faut, je crois, résoudre la question par la même distinction que celle que nous avons admise à l'égard de ceux qui ont traité directement avec le débiteur : il n'existe, en effet, aucune raison de traiter les sous-acquéreurs plus favorablement ou plus sévèrement que les acquéreurs directs. Ainsi donc, les sous-acquéreurs ont-ils acquis *à titre onéreux* : l'action ne doit être donnée contre eux qu'autant qu'il est démontré qu'ils ont acquis de mauvaise foi. Ont-ils acquis *à titre gratuit* : l'action doit être donnée contre eux, lors même qu'ils sont de bonne foi (1).

Quel est l'effet de l'action Paulienne?
Le bénéfice que le créancier a obtenu en l'exerçant doit-il être partagé entre lui et les créanciers dont la créance est d'une date *postérieure* à l'acte révoqué?

1183. — *Des effets de l'action Paulienne.* — Le but de cette action étant de faire obtenir au créancier la réparation du préjudice qu'il ressent par suite de la diminution frauduleuse du patrimoine de son débiteur, elle a naturellement pour effet, quand elle réussit, de faire révoquer l'acte argué de fraude, et, par suite, de rétablir les choses dans l'état où elles seraient si cet acte n'eût point été fait : le bien sorti du patrimoine est réputé n'en être point sorti. Le créancier peut donc exercer sur lui son droit de gage, de la même manière qu'il le ferait si ce bien appartenait encore réellement à son débiteur. Mais remarquons que cette révocation n'est pas *absolue*. Elle a pour cause la réparation d'un préjudice. Dès lors, elle n'existe et ne peut évidemment exister qu'*à l'égard de ceux qui ont éprouvé ce préjudice* : c'est une révocation *relative*. L'aliénation qu'a faite le débiteur tient toujours, *à l'égard de ceux qui n'en ont point souffert*, je veux dire à l'égard des créanciers dont la créance est d'une date postérieure à l'acte révoqué. Quant à eux, le bien recouvré n'est point réputé rentré dans le patrimoine du débiteur. Ils n'ont pas le droit, par conséquent, de concourir, sur l'argent provenant de la vente de ce bien, avec les créanciers antérieurs à l'acte dont la révocation a été prononcée (2).

(1) MM. Dur., t. X, p. 582; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 92; Marc., art. 1167.

(2) Toutefois le concours aurait lieu s'il était établi que l'acte rescindé avait

Si le bénéfice obtenu devait être partagé au marc le franc entre les créanciers qui ont souffert et ceux auxquels l'acte révoqué n'a causé aucun préjudice, on enlèverait ainsi aux premiers une portion des fonds destinés à les indemniser, pour en enrichir les seconds. A ceux qui ont souffert, la loi ne donnerait qu'une réparation imparfaite ; elle donnerait un dividende d'indemnité à ceux qui n'ont éprouvé aucun préjudice !

« Mais, dit-on, par suite de la révocation qui a été prononcée, le bien précédemment aliéné par le débiteur est rentré dans son patrimoine; or, les biens du débiteur étant le gage commun de tous ses créanciers, l'argent qui en provient doit être partagé entre eux tous *au marc le franc*, sauf les causes légitimes de préférence (art. 2093). Il n'existe que deux causes de préférence, le *privilége* et l'*hypothèque*. Si l'on donne aux créanciers *antérieurs* à l'acte révoqué un droit exclusif sur le bénéfice obtenu par suite de la révocation, on crée une cause de préférence qui n'est établie nulle part, on viole la loi! »

Cette objection n'est qu'une pétition de principe. Il est certain que l'argent qui provient de la vente d'un bien *qui servait de gage à plusieurs créanciers* se partage entre eux au marc le franc. Ce principe devrait être suivi dans l'espèce s'il était vrai que le bien recouvré est rentré dans le patrimoine du débiteur, tant à l'égard des créanciers postérieurs qu'à l'égard des créanciers antérieurs à l'acte révoqué; mais c'est là précisément ce que je n'admets point. La révocation, je l'ai démontré, est *relative* : elle n'est prononcée que dans l'intérêt des créanciers antérieurs à l'acte argué de fraude. C'est donc uniquement à l'égard de ces derniers que le bien est réputé être encore dans le patrimoine du débiteur : *eux seuls, par conséquent, ont sur lui un droit de gage.* Dès lors, comment pourrait-il y avoir concours entre eux et les créanciers postérieurs (1) ?

1184. — Le défendeur à l'action Paulienne qui, pour conserver la chose acquise, désintéresse le demandeur ou qui la délaisse, a son recours contre le débiteur devenu plus tard solvable. Ce n'est pas, en effet, dans l'intérêt du débiteur que l'acte argué de fraude est révoqué. A son égard, cet acte reste valable : c'est donc avec le bien du défendeur que ses dettes ont été payées. Dès lors, n'est-il pas juste qu'il le rembourse (voy. le n° 267) (M. Val.) ?

Art. 1166.

Les créanciers peuvent-ils exercer tous les droits qui appartiennent à leur débiteur ?

1185. — *Des modifications que la loi apporte aux principes consacrés par les art.* 1166 *et* 1167. — I. Les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, *sauf ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne.* Mais à quel signe, à quel caractère, reconnaître

été pratiqué par le débiteur en fraude de ses créanciers actuels et futurs (voy. le n° 1181).

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 96. — Voy. aussi mon *Exam. crit. du commentaire de M. Troplong sur les privil.*, t. Ier, nos 11, 14 et 15. — *Contrà*, MM. Dur., t. X, n° 574; Marc., art. 1167.

les droits *personnels* au débiteur? La loi ne donne aucune règle à cet égard. On cite, à titre d'exemples :

1° Le droit de demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (voy. le n° 748) ;

2° Le droit de demander des dommages-intérêts pour injures, calomnies ou voies de fait sur la personne du débiteur. — Dans l'un et l'autre cas, le débiteur qui n'agit point est censé, par cela même, remettre ou pardonner l'injure qui lui a été faite, ou n'avoir pas été offensé. Si ces deux actions passent à ses héritiers, c'est qu'il y a entre lui et eux une solidarité d'honneur qui n'existe point entre lui et ses créanciers ;

3° Les droits d'usage et d'habitation : la loi ne permettant point au débiteur de céder ces droits, ses créanciers n'ont pu acquérir sur eux aucun droit de gage (art. 631) ;

4° Le droit d'exercer le retrait successoral ;

5° Le droit qu'a une femme mariée de demander la séparation de biens (art. 1446) ;

6° Nos droits sur la personne de nos enfants, droits de correction, d'émancipation...

Art. 1167.

La règle suivant laquelle les créanciers peuvent attaquer les actes faits en fraude de leurs droits ne reçoit-elle point quelques exceptions?

1186. — II. Les créanciers peuvent attaquer les actes faits en fraude de leurs droits. Toutefois, ils ne peuvent pas attaquer :

1° Un partage de succession, à moins qu'ils ne se soient opposés à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence, et qu'on n'ait point tenu compte de leur opposition (art. 882. — Voy. le n° 478). C'est à cette hypothèse que l'art. 1167 se réfère sans doute lorsqu'il renvoie au Titre *Des successions ;*

2° L'acte par lequel le débiteur a renoncé à un droit attaché exclusivement à sa personne, par exemple, à une action en révocation pour cause d'ingratitude.

L'art. 1167, en renvoyant au Titre *Du contrat de mariage*, semble indiquer une troisième exception ; mais ce Titre ne contient aucune dérogation au principe général.

CHAPITRE IV. — DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

Quelles sont les modalités dont les obligations sont susceptibles?

Qu'est-ce qu'une obligation *pure et simple*?

1187. — Le Code, après avoir déterminé les effets de l'obligation, traite, dans ce chapitre, des principales modalités dont elle est susceptible. Ces modalités sont : la condition, le terme, l'alternativité, la solidarité, l'indivisibilité, la clause pénale. L'obligation est dite *pure et simple* lorsqu'elle n'est affectée d'aucune de ces modalités. Dans une autre acception, l'obligation pure et simple est celle qui n'est point conditionnelle.

SECTION I. — DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

Les droits réels ne peuvent-ils pas, comme les droits *personnels*, être conditionnels?

1188. — I. *Observation.* — Tous les droits, les *droits réels* comme les *droits personnels*, peuvent être conditionnels. C'est par inadvertance

que le Code, dans la rubrique de notre *Section*, ainsi que dans les articles qui la composent, ne parle exclusivement que des *obligations* conditionnelles. Pothier, qui traitait de la condition à propos des obligations, n'avait point à s'occuper des *droits réels* conditionnels : car, de son temps, les contrats étaient simplement productifs d'*obligations*. Le Code a fait comme lui, sans prendre garde qu'aux termes des art. 711 et 1138, les contrats peuvent tout à la fois créer des obligations et transférer des droits réels (M. Val.).

nels être conditionnels ?

D'où vient donc que la loi ne parle que des *obligations* conditionnelles ?

1189. — II. *Définition de l'obligation conditionnelle.* — Le Code la définit deux fois : la première, dans l'art. 1168 ; la seconde, dans l'art. 1181.

Art. 1168 et 1181.

Comment le Code définit-il l'obligation conditionnelle ?

N'en donne-t-il point deux définitions ? laquelle des deux est préférable à l'autre ?

« L'obligation conditionnelle est celle qui dépend d'un événement *futur et incertain* » (art. 1168).

« L'obligation conditionnelle est celle qui dépend soit d'un événement *futur et incertain*, soit d'un événement *actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties*» (art. 1181).

Ainsi, aux termes de l'art. 1168, l'obligation subordonnée à un événement *actuellement arrivé, mais inconnu des parties*, est pure et simple ; elle est, au contraire, conditionnelle, aux termes de l'art. 1181.

Ces deux dispositions s'excluent réciproquement : il faut donc opter. Laquelle des deux est préférable ? La première : car elle est conforme, non-seulement au droit romain et à notre ancien droit français, mais encore à *la nature même des choses*. Qu'est-ce, en effet, qu'une obligation conditionnelle ? Une obligation qui existera *peut-être*, qui *peut-être* n'existera pas. Donc l'obligation n'est conditionnelle qu'autant que l'événement auquel est elle subordonnée est *incertain*.

Qu'est-ce qu'un événement *incertain* ?

Un événement *incertain* est-il nécessairement *futur* ?

L'obligation subordonnée à un événement *actuellement arrivé, mais inconnu des parties*, est-elle *conditionnelle* ?

Or, selon la nature des choses, qu'est-ce qu'un événement *incertain*, si ce n'est celui qui arrivera *peut-être*, qui *peut-être* n'arrivera pas ? Tout événement *incertain* est nécessairement *futur* : donc l'événement *passé* ou *actuellement* arrivé ne peut pas, quoique inconnu des parties, servir de condition.

Un exemple complétera cette démonstration. Ignorant le résultat des élections qui ont eu lieu dans tel département, je vous fais cette offre, que vous acceptez : « Je vous achète votre maison pour telle somme, *si Paul a été nommé député*. » Cette vente, qui est subordonnée à un événement actuellement arrivé, mais inconnu des parties, n'a rien de conditionnel. De ces deux choses l'une, en effet : ou Paul a été nommé député, et alors la vente a existé définitivement, elle a produit tous ses effets *dès le moment même de sa formation*, il n'y a pas eu un seul instant de raison pendant lequel elle ait couru la chance de ne pas exister ; ou il ne l'a pas été, et alors la vente est nulle *à priori*, il n'y a pas eu un seul instant pendant lequel elle ait couru la chance d'exister.

Le dernier alinéa de l'art. 1181 dément et corrige lui-même la définition énoncée dans le premier. Que dit-il, en effet? que l'obligation subordonnée à un événement actuellement arrivé,

mais inconnu des parties, *a son effet du jour même où elle a été contractée.* N'est-ce pas là le caractère essentiel de l'obligation pure et simple? Rien n'est plus opposé à l'*incertitude* que l'*actualité* (1) !

Quel est l'intérêt de cette question?

1190. — La question que nous venons de résoudre n'est pas purement doctrinale; un intérêt pratique s'y trouve engagé. Qu'on suppose, en effet, que la chose périsse avant que les parties aient appris si l'événement *certain* auquel elles ont subordonné leur contrat existe ou n'existe point. Alors se présente cette question : Qui, du débiteur ou du créancier, doit supporter la perte?

Si l'on décide, comme nous, et avec l'art. 1168, que le contrat subordonné à un événement *actuellement arrivé, mais inconnu des parties,* n'est qu'un contrat à terme, la perte sera pour le créancier (voy. le n° 1134).

Si l'on décide, avec l'art. 1181, que c'est un contrat *conditionnel,* la perte sera pour le débiteur (voy. les nos 1207 et suiv.).

Tout événement *futur* est-il nécessairement *incertain*?

1191. —Ainsi, nous ne confondrons point l'événement *incertain* avec l'événement *certain*, mais inconnu des parties.

La convention subordonnée à un événement *futur*, mais *certain*, est-elle conditionnelle?

Il ne faut pas non plus le confondre avec l'événement *futur.* Sans doute, tout événement *incertain* est nécessairement *futur;* mais la réciproque n'est pas vraie. Un événement peut être *certain* quoique *futur:* telle est, par exemple, la mort d'une personne actuellement vivante.

La vente faite en ces termes : « Je vous vends ma maison si je meurs, » n'est donc pas une vente conditionnelle : c'est une vente à terme. Les risques sont à la charge de l'acheteur.

Quelle est la division principale des conditions?

1192. — Les conditions sont *suspensives* ou *résolutoires.*

Qu'est-ce que la condition *suspensive*?

La condition *suspensive* est celle qui suspend l'*existence même de l'obligation.* On est étonné, d'après cela, que l'art. 1181 prenne soin de nous apprendre que l'obligation conditionnelle ne peut être *exécutée* qu'après la réalisation de la condition. Autant vaut dire qu'une obligation ne peut pas être *exécutée* avant qu'elle soit *née.* La formule de l'art. 1181 convient parfaitement à l'obligation *à terme*, qui, bien qu'elle *existe* du jour du contrat, n'est pas *exécutoire* avant l'échéance du terme (art. 1185); mais, appliquée à l'obligation *conditionnelle,* elle est complétement inutile.

Etait-il nécessaire de dire que l'obligation conditionnelle ne peut être exécutée qu'après la réalisation de la condition?

Qu'est-ce que la condition *résolutoire?*

La condition *résolutoire* est celle qui suspend, non point l'*existence*, mais la *résolution* de l'obligation.

Toute condition n'est-elle pas nécessairement *suspensive*?

1193. — En réalité, toute condition est nécessairement *suspensive :* c'est, effectivement, le propre de toute condition de rendre incertain et, par conséquent, de tenir en suspens le résultat que les parties ont en vue en contractant. Celle que la loi appelle *suspensive* suspend les effets du contrat; celle qu'elle appelle *résolutoire* suspend, non pas les effets du contrat, mais la résolution ou la révocation des effets que le contrat a produits.

(1) MM. Dur., t. XI, n° 11; Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 104; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 45; Marc., art. 1181.

1194. — Ce n'est pas tout. La condition *suspensive* qui affecte un droit *réel* renferme implicitement une condition *résolutoire*, et réciproquement. Je vous ai vendu ma maison, sous cette condition : *si tel vaisseau arrive*. La condition, si elle se réalise, produira un double effet : elle vous investira, d'une part, et me dépouillera, de l'autre, du droit de propriété qui a fait l'objet de la vente : vous serez réputé avoir été, tandis que je serai réputé avoir cessé d'être, propriétaire, du jour même du contrat (art. 1179). Ainsi, nous étions tous les deux propriétaires, vous sous condition *suspensive*, moi sous condition *résolutoire*. — Je vous vends ma maison, mais sous la condition que la vente sera résolue *si tel vaisseau arrive*. Cette vente, de même qu'une vente pure et simple, produit tous ses effets *hîc et nunc :* vous êtes donc propriétaire dès à présent ; mais, si la condition se réalise, vous êtes réputé alors ne l'avoir jamais été, tandis que je suis réputé n'avoir jamais cessé de l'être (art. 1183) : le même événement qui vous dépouille m'investit du droit qu'il vous enlève. Nous étions donc l'un et l'autre propriétaires, vous sous condition *résolutoire*, moi sous condition *suspensive*.

Toute condition *suspensive* qui affecte un droit réel ne renferme-t-elle point implicitement une condition résolutoire, et réciproquement ?

— En résumé, la condition est l'*événement* INCERTAIN *auquel est subordonnée* L'EXISTENCE OU LA RÉSOLUTION *d'un droit réel ou personnel.*

Qu'est-ce donc qu'une *condition ?*

1195. — *Des différentes espèces de conditions.* — Les conditions (suspensives ou résolutoires) sont :

Art. 1169 à 1171.

1° *Positives* ou *négatives.* — Elles sont dites *positives* lorsqu'elles sont conçues sous une forme affirmative (*si tel événement arrive*) ; *négatives*, dans l'hypothèse contraire (*si tel événement n'arrive point*). Cette distinction est peu importante (voy. cependant les art. 1177, 1178, et surtout l'art. 1173, rapproché de l'art. 1172).

Comment le Code divise-t-il les conditions suspensives et résolutoires ?

2° *Casuelles*, *potestatives* ou *mixtes.* — La condition *casuelle* est celle qui dépend *uniquement* du hasard (*si la récolte est abondante cette année*), ou, plus généralement : « celle qui n'est au pouvoir ni du débiteur ni du créancier. » Ainsi, la condition qui dépend de la volonté d'*un tiers* est casuelle (si Paul vous vend sa maison, je vous vendrai la mienne).

Qu'est-ce qu'une condition *positive ?*

Une condition *négative ?*

Une condition *casuelle ?*

La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'obligation d'un événement « qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties de faire arriver ou d'empêcher » (si je vais à Paris, ou bien si vous allez à Paris, je vous vendrai ma maison).

Une condition *potestative ?*

La condition *mixte* est celle qui dépend de la volonté de l'une des parties et de la volonté d'un tiers (j'achèterai votre maison, moyennant telle somme, si vous épousez ma sœur).

Une condition *mixte ?*

1196. — Aux termes de l'art. 1174, l'obligation contractée sous une condition *potestative* de la part du *débiteur* est nulle. Cette disposition a besoin d'être expliquée. Elle est trop absolue dans ses termes.

Art. 1174.

Combien y a-t-il de conditions potestatives ?

Il y a deux sortes de conditions potestatives, qu'il importe de distinguer. La première, qui est définie dans l'art. 1170, est celle qui fait dépendre l'obligation d'un *événement* dont la nature est

telle que l'une ou l'autre des parties peut le faire arriver ou l'empêcher. La seconde est celle qui fait dépendre l'obligation, non pas d'un *événement*, mais de la volonté même, *de la seule volonté* du débiteur ou du créancier : on l'appelle la condition *si voluero*. La première est *casuelle*, en même temps que *potestative ;* la seconde est *purement potestative*.

Quelle est la condition potestative dont il est question dans l'art. 1174?

Lorsque la loi nous dit, dans l'art. 1174, que l'obligation contractée sous une condition *potestative* de la part du débiteur est nulle, elle vise, non pas la condition dont il est parlé dans l'article 1170, mais la condition *purement potestative*.

La condition qui n'est pas *purement* potestative entraîne-t-elle la nullité de l'obligation?

L'obligation qui dépend *uniquement* de la volonté du débiteur est nulle : dans ce cas, en effet, aucun lien n'existe.

Quelle différence y a-t-il, au point de vue des conditions potestatives, entre les contrats à titre onéreux et les donations?

Mais il n'en est point de même dans le cas où l'obligation est subordonnée *à un événement* qu'il est au pouvoir du débiteur de faire arriver ou d'empêcher. Ainsi, lorsque je m'engage à vous vendre une maison pour tel prix, *si je vais à Paris*, je suis valablement obligé sous condition suspensive, bien que la condition à laquelle est subordonné l'engagement que j'ai pris soit potestative de ma part; je suis réellement, sérieusement obligé, puisque je ne peux me soustraire à l'engagement que j'ai pris, qu'en m'imposant un sacrifice, en m'abstenant d'aller à Paris. — Je vous vends une maison, sous la condition que la vente sera *résolue si je vais à Paris dans un an :* je suis valablement obligé sous condition résolutoire, bien que la condition à laquelle est subordonnée la résolution de mon engagement soit potestative de ma part. L'obligation que j'ai contractée est réelle, sérieuse, car ma seule volonté ne suffit pas pour la détruire : mille circonstances, en effet, une maladie, une inondation, l'occupation du pays par l'ennemi, peuvent m'empêcher d'aller à Paris dans le délai stipulé.

Ainsi, la condition suspensive ou résolutoire qui consiste en un *événement* qu'il est au pouvoir du débiteur de faire arriver ou d'empêcher ne rend point nulle la convention qui lui est subordonnée. — (A moins pourtant qu'il ne s'agisse d'une *donation*. Voy. le n° 518.)

Quant à la condition *purement* potestative de la part du débiteur, la condition *si voluero*, elle rend nulle toute convention qui lui est subordonnée, non-seulement les *donations*, mais encore les contrats *à titre onéreux* (voy. le n° 518).

La condition purement potestative de la part du *créancier* rend-elle nulle l'obligation?

1197. — Remarquons que la condition qui est purement potestative, non pas de la part du *débiteur*, mais de la part du *créancier*, n'annule point l'obligation qui lui est subordonnée.

De là il suit que, si, dans un contrat qui, par sa nature, est synallagmatique, comme la *vente*, l'une des parties s'oblige sous une condition purement potestative de sa part, elle n'est point obligée, sans doute, mais l'autre partie l'est valablement envers elle : au lieu d'un contrat synallagmatique, nous avons alors un contrat unilatéral. Ainsi, par exemple, lorsque je m'engage dès à présent à vous vendre ma maison pour tel prix, si dans un an à partir de

ce jour vous vous décidez à conclure le marché, je suis valablement obligé envers vous, tandis que vous êtes libre de toute obligation (voy. l'explic. de l'art. 1589).

1198. — Y a-t-il quelque intérêt à distinguer si la condition à laquelle est subordonnée l'obligation est *casuelle*, *potestative* (dans le sens de l'art. 1170) ou *mixte*? Il y en avait un en droit romain, *quant aux legs*. La disposition testamentaire qui était subordonnée à une condition *casuelle* ne recevait son effet qu'autant que l'événement prévu se réalisait *effectivement* ; il en était différemment lorsqu'elle était subordonnée à une condition *potestative* de la part du légataire, ou *mixte*. Le legs, dans ce cas, recevait son effet, quoique l'événement prévu ne se réalisât point effectivement, s'il était d'ailleurs démontré que le légataire avait fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour faire arriver l'événement servant de condition. Ainsi, le legs fait sous cette condition : *si vous épousez ma nièce*, pouvait être réclamé dès que le légataire établissait qu'il avait fait tout au monde pour déterminer la nièce du testateur à conclure le mariage. — Cette distinction n'était pas suivie en matière de conventions : dans tous les cas possibles, la réalisation effective de la condition pouvait seule donner naissance à l'obligation conventionnelle.

Y a-t-il quelque intérêt à distinguer si la condition à laquelle est subordonnée l'obligation est casuelle, potestative (dans le sens de l'art. 1170) ou mixte?

Le legs fait sous une condition suspensive, potestative de la part du légataire, produit-il son effet par cela seul que le légataire a tout fait pour faire arriver la condition?

Cette théorie n'a point été reproduite par notre Code. Elle a été, avec raison, remplacée par cette excellente règle : *toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement entendu qu'elle le fût* (art. 1175). La question de savoir si la condition potestative de la part du créancier, ou mixte, doit être réputée accomplie par cela seul qu'il a tout fait pour faire arriver l'événement auquel est subordonnée l'obligation, est une pure question de fait, soit qu'il s'agisse d'un *legs*, soit qu'il s'agisse d'une *convention*. Ainsi, lorsque je vous vends ou lorsque je vous lègue ma maison, sous cette condition, *si vous épousez ma nièce*, il faut rechercher si j'ai considéré le mariage comme une condition *sine quâ non*, auquel cas la vente ou le legs ne sera valable qu'autant qu'il y aura mariage; ou si j'ai eu simplement pour but d'obtenir de vous votre consentement au mariage, auquel cas la condition sera réputée accomplie dès l'instant que vous aurez offert sérieusement à ma nièce de l'épouser. La division des conditions en conditions casuelles, potestatives et mixtes, n'a donc, dans notre Code, aucune utilité.

1199. — 3° *Possibles* ou *impossibles*, *licites* ou *contraires aux lois et aux bonnes mœurs*. — Les conditions impossibles et les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites, dans les *testaments* et dans les *donations* : le vice dont elles sont infectées n'entraîne point la nullité du legs ou de la donation qui leur est subordonné (voy. les nos 527 et s.). Il en est différemment en matière de contrats *à titre onéreux* : les conditions de cette nature y sont *nulles* et *rendent nulle la convention qui en dépend* (voy. les nos 527-529).

Art. 1172 et 1173.

Quel est l'effet des conditions impossibles et des conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs?

Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer si elles sont insérées dans un contrat *à titre onéreux*, ou dans une *donation*?

Quelle différence y a-t-il entre la condition impossible *positive* et la condition impossible *négative*?

Faut-il faire la même distinction quant aux conditions illicites?

Toutefois, en ce qui touche la condition *impossible*, la loi distingue si elle est *positive* ou *négative* : la première est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ; la seconde ne porte aucune atteinte à la validité de la convention qui lui est subordonnée. *Si vous faites un triangle sans angle*, je vous vendrai ma maison pour tel prix... : cette vente est nulle, parce qu'il est *certain* que la condition à laquelle elle est subordonnée ne peut pas se réaliser, parce qu'elle est comme défaillie du moment même du contrat. *Si vous n'arrêtez point le cours du soleil*, ma maison est à vous pour telle somme... : cette vente est valable ; et elle est valable comme vente pure et simple, parce que la condition à laquelle elle est subordonnée ne peut pas ne pas s'accomplir, parce qu'elle est comme accomplie du moment même du contrat.

La loi ne fait pas la même distinction quant aux conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs : qu'elles soient négatives ou qu'elles soient positives, elles entraînent la nullité du contrat. Cette règle, toutefois, a besoin d'un tempérament.

Quid, si la condition n'est illicite que de la part de l'une des parties?

Sans doute, le contrat est nul lorsque la condition sous laquelle il est fait est immorale de la part de chacune des parties : tel est le cas où je conviens avec vous de vous vendre ma maison pour telle somme *si vous n'exercez point vos droits d'électeur*. Mais, si la condition à laquelle il est subordonné est *immorale* de la part de l'une des parties seulement, il peut être déclaré valable ou nul, au gré de la partie qui a stipulé dans des vues honnêtes et légitimes. J'offre de vous vendre ma maison pour telle somme *si vous n'assassinez point un tel ;* vous acceptez : vous ne pouvez point, encore bien que vous ayez accompli la condition, me forcer de réaliser le marché, car il y a eu de votre part immoralité à stipuler un bénéfice pécuniaire pour vous abstenir d'un fait que la loi condamne ; je puis, au contraire, exiger que vous réalisiez le marché, car c'est dans un but honnête et légitime que j'ai contracté avec vous (voy. le n° 1104).

Art. 1175.

Comment doivent être accomplies les conditions?

1200. — IV. *Comment doivent être accomplies les conditions, ou plutôt comment elles doivent être interprétées.* — C'était autrefois une question controversée que celle de savoir si les conditions devaient être accomplies *in formâ specificâ*, c'est-à-dire en s'attachant rigoureusement au sens littéral des mots que les parties avaient employés pour les formuler, ou si elles pouvaient l'être *par équipollents*. Le Code l'a tranchée par une règle fort sage : les conditions doivent être interprétées comme les conventions elles-mêmes, c'est-à-dire en s'attachant à l'intention des parties, plutôt qu'au sens littéral des termes. Ainsi, «toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu qu'elle le fût» (voy., sous le n° 1198, une application de cette règle).

Art. 1176 et 1177.

Ne faut-il pas, en

1201. — Il importe de distinguer, en ce qui touche l'accomplissement des conditions, si elles renferment ou non un temps prefix dans lequel elles doivent être accomplies.

ce qui touche l'accomplissement des conditions, distinguer si elles renferment ou non un temps préfix dans lequel elles doivent être accomplies?

Dans la première hypothèse, *quid*, si la condition est *positive*?

Quid, si elle est *négative*?

PREMIER CAS. *La condition renferme un temps préfix dans lequel elle doit être accomplie.* — Est-elle *positive* : elle est défaillie dès l'instant qu'elle ne s'est point réalisée dans le temps marqué. Est-elle *négative* : elle est *accomplie* dès l'instant que le temps fixé s'est écoulé sans que l'événement soit arrivé.

Je vous ai promis 1,000 fr. si tel vaisseau *arrive* dans six mois à compter du jour du contrat ; les six mois sont expirés, et le vaisseau n'est point arrivé : la condition est défaillie. — Elle l'est également si, avant l'expiration du délai, *il devient certain* qu'elle ne se réalisera point, si, par exemple, on apprend, avant l'expiration des six mois, le naufrage du vaisseau.

Je vous ai promis 1,000 fr. sous cette condition, si le vaisseau *n'arrive point* dans six mois, à compter du jour du contrat ; les six mois expirent avant l'arrivée du vaisseau : la condition est accomplie.

Dans la seconde, est-il nécessaire de distinguer si la condition est *positive* ou *négative*?

DEUXIÈME CAS. *La condition ne contient aucun terme dans lequel elle doit être accomplie.* — Qu'elle soit *positive* ou qu'elle soit *négative*, elle peut être accomplie en quelque temps que ce soit. Elle n'est défaillie qu'autant qu'il devient certain qu'elle ne se réalisera point. Je vous ai promis 1,000 fr. sous cette condition, *si tel vaisseau arrive ;* le vaisseau arrive 10, 20... ans après le contrat : la condition est accomplie. Je vous ai promis la même somme sous cette condition, *si tel vaisseau n'arrive point;* il arrive 10, 20... ans après le contrat : la condition est défaillie.

Il faut toutefois tempérer cette théorie par la règle que *la condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu qu'elle le fût*. Ainsi, par exemple, lorsque la condition est potestative de la part du créancier, il serait absurde de supposer que le débiteur a entendu rester perpétuellement dans l'incertitude sur le sort du contrat : il peut, en conséquence, s'adresser au tribunal, qui fixera un délai raisonnable après lequel la condition ne pourra plus être utilement accomplie. Je vous a promis telle somme sous cette condition, *si vous abattez les arbres de votre jardin :* je puis, afin de ne pas rester éternellement dans l'incertitude, m'adresser à la justice, qui fixera un délai, passé lequel la condition sera considérée comme défaillie si vous n'avez pas abattu vos arbres.

Art. 1178.

Quid, lorsque c'est le débiteur qui a empêché l'accomplissement de la condition?

Est-il vrai qu'elle doit être réputée accomplie toutes les fois qu'elle a manqué de l'être par le fait du débiteur?

1202. — Aux termes de l'art. 1178, la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. Les termes de cette disposition sont encore trop absolus. Il est bien vrai que la condition est réputée accomplie lorsque c'est par la *faute* du débiteur qu'elle a manqué de l'être ; mais il en est différemment lorsque le *fait* qui a empêché l'accomplissement de la condition ne constitue point une *faute*, c'est-à-dire lorsqu'il consiste *dans l'exercice d'un droit*. J'ai promis telle somme à un ouvrier sous cette condition, s'il construit mon mur *dans la quinzaine ;* le délai va expirer, le mur est sur le point d'être achevé ; mais, pendant la nuit, je fais

disparaître les matériaux préparés pour le finir, et le mur reste inachevé : la condition est réputée accomplie, car c'est par ma *faute* qu'elle a manqué de l'être. — L'ouvrier, pendant qu'il travaille à la construction du mur, commet un vol dans ma maison ; je le dénonce et le fais mettre en prison : la condition n'est pas réputée accomplie : car, si c'est par mon *fait* qu'elle a manqué de l'être, ce fait n'est pas une *faute*, c'est l'exercice d'un droit.

Art. 1179 et 1180.

1203. — *Des effets de la condition suspensive.* — La condition suspensive, *tant qu'elle n'est pas réalisée*, tient en suspens tous les effets du contrat.

Quel est l'effet d'une condition suspensive, tant qu'elle n'est pas réalisée?

L'*obligation* n'existe point encore, il y a seulement espoir qu'elle existera. Le débiteur conditionnel qui, par erreur, paie avant l'accomplissement de la condition, paie donc *ce qu'il ne doit pas* : aussi a-t-il le droit de répéter *ce qui a été payé*.

Le créancier conditionnel n'a-t-il qu'une espérance proprement dite?

Peut-il céder cette espérance?

Faire les actes nécessaires à sa conservation?

Est-elle transmissible à ses héritiers?

La *propriété*, lorsque la convention conditionnelle a pour objet de la transférer, n'est pas encore déplacée : il y a seulement espoir qu'elle le sera.

Mais remarquons que cette *espérance* d'un droit pur et simple est elle-même un droit *sui generis*, qui, dès le moment du contrat, compte dans les biens du créancier conditionnel, qu'il pourrait céder dès à présent, et qui est transmissible à ses héritiers. La loi l'autorise même à faire, *pendente conditione*, tous les actes nécessaires à sa conservation, et, par exemple, à faire inscrire, dès à présent, l'hypothèque qui lui a été consentie pour sa sûreté (voy., dans les art. 112, 406, 421, 812, 821 et 822, d'autres exemples d'actes conservatoires).

Quel effet la condition suspensive accomplie produit-elle?

1204. — La condition *accomplie* ayant un effet *rétroactif au jour du contrat*, les choses se passent comme si le contrat avait été pur et simple *ab initio*. Soit donc la vente conditionnelle d'une maison : *pendente conditione*, tous les effets du contrat sont en suspens, les obligations et la mutation de propriété. La condition vient-elle à se réaliser : le contrat produit tous ses effets, non pas seulement *pour l'avenir*, mais encore dans le passé, *à la date du contrat* (1).

Quelles conséquences faut-il tirer du principe qu'elle a un effet rétroactif au jour du contrat?

1205. — Du principe que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat, il résulte :

1° Que, si l'une des parties est morte *pendente conditione*, tous les effets légaux du contrat peuvent être invoqués *par* ou *contre* ses héritiers ;

(1) Toutefois, au cas où il s'agit d'un contrat translatif de propriété immobilière, ou, plus généralement, d'un acte soumis à la formalité de la transcription, la condition accomplie ne rétroagit *à la date du contrat* qu'autant qu'il a été transcrit le jour même de sa passation. S'il a été transcrit postérieurement à sa date, mais *pendente conditione*, la condition, lorsqu'elle vient à se réaliser, ne remonte, quant aux tiers, qu'à la date de la transcription. Que si enfin il n'a été transcrit qu'après la condition accomplie, elle n'a aucun effet rétroactif à l'égard des tiers. Le contrat ne leur est opposable qu'à compter du jour où il est transcrit (voy. mon *Traité de la transcription*, n° 14).

2° Que tous les droits, servitudes ou hypothèques, constitués, *pendente conditione*, par l'aliénateur conditionnel, sur la chose aliénée, sont réputés avoir été consentis sur la *chose d'autrui*, et sont, par conséquent, *nuls ;* que, s'il l'a vendue ou donnée, celui qui l'avait précédemment acquise sous condition peut utilement la revendiquer contre l'acheteur ou le donataire qui la possède et qui ne l'a pas encore prescrite ;

3° Qu'au contraire tous les droits consentis, dans le même temps, par l'acquéreur conditionnel, sont réputés avoir été consentis par le véritable propriétaire, et sont, par conséquent, valables.

Je suppose que le vendeur et l'acheteur consentent, *pendente conditione*, des hypothèques ou des servitudes sur l'immeuble qui a fait l'objet de la vente conditionnelle : lesquelles de ces hypothèques ou servitudes sont valablement consenties, valablement acquises ? *Pendente conditione*, on ne le sait pas. La condition vient-elle à défaillir : la vente étant considérée comme n'ayant jamais existé, tous les droits consentis par le vendeur ont été consentis *à domino*, tandis que ceux qui émanent de l'acheteur ont été consentis *à non domino ;* les premiers sont maintenus, les seconds sont nuls. Vient-elle à se réaliser : c'est le contraire qui a lieu.

Cette rétroactivité s'applique-t-elle aux fruits perçus *pendente conditione* ?

1206. — L'aliénateur qui, *pendente conditione*, a perçu les fruits provenant de la chose aliénée sous condition, n'est pas obligé de les rendre : la rétroactivité attachée à la condition accomplie n'a, en effet, trait qu'aux choses *de droit*. Elle a été imaginée, d'une part, dans l'intérêt de l'acquéreur, qui sans elle aurait été obligé de subir les aliénations, servitudes ou hypothèques, consenties, *pendente conditione*, par l'aliénateur, et, d'autre part, dans l'intérêt de ses héritiers. Elle ne s'applique point aux choses *de fait ;* or, l'acquisition des fruits par la perception est un fait accompli que la réalisation de la condition ne saurait effacer (1).

Art. 1182.

A la charge de qui sont les risques de la chose vendue sous condition suspensive ?

1207. — VI. *De la perte de la chose et des détériorations qu'elle a subies* PENDENTE CONDITIONE. — 1° *Perte totale arrivée par cas fortuit.* — La loi, interprétant la volonté des parties, présume que celui qui s'engage à payer un prix ou à donner tout autre équivalent en échange d'une chose dont la propriété lui est promise *sous condition suspensive* n'entend point prendre à sa charge les risques et périls d'un bien qui n'est pas encore à lui, qui peut-être ne lui appartiendra jamais. Dans sa pensée, il n'entend être débiteur définitif du prix ou de l'équivalent qu'il promet que sous la condition qu'il deviendra propriétaire de la chose qui lui est promise en retour. Ainsi, dans la vente conditionnelle, l'acheteur est réputé dire : « Je vous paierai le prix promis si je deviens propriétaire de la chose vendue. » Il considère comme l'équivalent du prix qu'il s'engage à payer, non pas seulement l'*espoir* d'un droit de propriété, mais l'acquisition du droit lui-même.

(1) M. Dur., t. XI, no 82. — *Contra*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 52; Marc., art. 1183.

Si donc la chose périt *pendente conditione* et qu'ensuite la condition se réalise, le vendeur n'est pas tenu de livrer la chose vendue, puisqu'elle n'existe pas ; mais l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix, car il ne l'avait promis qu'en retour d'un droit de propriété qu'il n'a pas acquis. L'obligation du vendeur n'ayant pas pu *naître* faute d'objet (c'est à tort que l'art. 1182 dit que l'obligation est *éteinte* : elle n'a jamais existé), celle de l'acheteur n'a pas pu naître faute de cause.

Comment peut-on concilier cette règle avec le principe que la condition réalisée a un effet rétroactif au jour du contrat ?

On a fait une objection : « La condition réalisée a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179), qui est réputé avoir toujours été pur et simple. Or, si véritablement la vente eût été pure et simple, la chose eût péri pour l'acheteur : il eût été obligé de payer son prix, nonobstant la perte de la chose (art. 1138). Donc... »

Je réponds qu'avant d'attribuer un effet rétroactif à la condition accomplie, il importe de savoir si elle a produit un effet ; or, elle n'en a produit aucun. L'obligation du vendeur n'a pas pu naître : car, au moment où la condition s'est réalisée, la chose vendue n'existait plus, et il n'y a pas d'obligation sans objet. L'obligation de l'acheteur n'a pas pu naître, faute de cause, puisqu'il n'a pas acquis ce qui lui avait été promis en échange du prix qu'il s'était engagé à payer.

Quid, si, *pendente conditione*, la chose a subi, par cas fortuit, des détériorations, ou reçu des améliorations ?

1208. — 2° *Détériorations subies par cas fortuit* PENDENTE CONDITIONE. — En droit romain, et selon notre ancienne jurisprudence, elles étaient à la charge du *créancier* conditionnel, qui était tenu de payer son prix sans aucune déduction. « Il y a, disait-on, une grande différence entre le cas où la chose a *totalement* péri et celui où elle a été *détériorée seulement*. Dans le premier cas, si la condition se réalise après la perte de la chose, elle ne peut point donner naissance à l'obligation de livrer, ce qui fait que l'obligation de payer ne peut pas naître faute de cause. Dans le second, au contraire, la détérioration qu'a subie la chose n'empêche pas qu'elle ne puisse former, d'une part, l'*objet* de l'obligation du vendeur, et, d'autre part, la *cause* de l'obligation de l'acheteur. — D'ailleurs, ajoutait-on, le créancier profite des améliorations que la chose reçoit *pendente conditione*. L'équité demande donc que les détériorations soient à sa charge : *quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda.* »

Quel était le système du droit romain sur ce point ?

Quel est celui du Code ?

Cette distinction a été abandonnée : les chances de détériorations étant beaucoup plus nombreuses que les chances d'améliorations, le Code a pensé que l'acheteur conditionnel n'entend pas accepter une position si périlleuse. En conséquence, il lui accorde la *faculté d'opter, suivant son intérêt, entre le maintien du contrat et sa résolution*. Dans le premier cas, il reçoit la chose dans l'état où elle se trouve, et sans diminution du prix pour les détériorations qu'elle a subies ; dans le second, la résolution du contrat étant le résultat d'un cas fortuit, aucune indemnité ne lui est due.

Ce système est-il logique ?

Ce système n'est pas irréprochable. Tout le monde comprend, en effet, que la loi eût été plus conséquente et plus juste si elle eût

accordé au *débiteur*, au cas où la chose, au lieu de subir des détériorations, s'est améliorée, une faculté semblable à celle qu'elle accorde au *créancier :* car on ne doit pas présumer que l'intention des parties a été de faire porter toutes les chances favorables d'un côté et toutes les chances défavorables de l'autre (1).

1209. — 3° *Perte totale arrivée par la faute du débiteur.* — Quand c'est *par cas fortuit* que la chose périt, elle périt pour le débiteur; mais il n'a rien à payer au créancier. Le débiteur doit, au contraire, une indemnité, lorsque la chose a péri *par sa faute.*

Quid, si la chose a péri, ou si elle a été détériorée, *pendente conditione*, par la faute du débiteur?

1210. — 4° *Perte partielle arrivée par la faute du débiteur.* — Le créancier qui, dans le cas où la chose a péri par cas fortuit, ne peut que maintenir le contrat *tel qu'il a été conclu*, ou le faire purement et simplement considérer comme non avenu, obtient ici *une diminution de prix* lorsqu'il maintient le contrat, *des dommages et intérêts* lorsqu'il le fait résoudre.

25e *Répétition.*

Art. 1183.

1211. — VII. *De la condition résolutoire et de ses effets.* — La condition résolutoire est celle qui tient en suspens, non plus les effets du contrat, mais leur *révocation.* Le contrat fait sous condition résolutoire produit donc, de même qu'un contrat pur et simple, tous ses effets *hic et nunc*, c'est-à-dire dès qu'il est formé.

Qu'est-ce qu'une condition résolutoire?

Le contrat fait sous cette condition produit-il ses effets *hic et nunc*?

Si la condition se réalise, le contrat est alors révoqué *rétroactivement :* il est réputé n'avoir jamais existé. Ainsi la condition résolutoire accomplie a pour effet de *remettre les choses au même état qu'auparavant.* — Soit une vente faite sous condition résolutoire. Dès l'instant qu'elle est formée, elle produit tous ses effets, comme la vente pure et simple : chacune des parties est obligée, le vendeur à livrer la chose vendue, l'acheteur à payer le prix; la mutation de propriété est effectuée dès à présent.

Quel effet produit-elle lorsqu'elle se réalise?

Mais, si la condition se réalise, tous les effets que la vente avait produits sont révoqués *rétroactivement :* ils cessent, non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé : ils sont considérés comme n'ayant jamais été produits.

Le vendeur, qui avait cessé d'être propriétaire, est réputé n'avoir jamais cessé de l'être : il en résulte que les droits, servitudes ou hypothèques, constitués par lui, *pendente conditione*, sur la chose vendue, que l'aliénation qu'il en a pu faire pendant le même temps, sont valables.

L'acheteur, qui était devenu propriétaire, est réputé ne l'avoir jamais été : il en résulte que les droits, servitudes ou hypothèques, constitués par lui, *pendente conditione*, sur la chose vendue, que l'aliénation qu'il en a faite pendant le même temps, sont nuls et de nul effet.

Les obligations dont était tenue chacune des parties sont réputées n'avoir jamais existé. Il en résulte que le paiement n'en peut point être demandé, si la condition s'est réalisée avant que le

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 105; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 53; Marc., art. 1182.

contrat ait reçu son exécution ; que, si, au contraire, elle s'est réalisée après qu'il a été exécuté, chacune des parties est tenue de restituer ce qu'elle a reçu. Dans le premier cas, la condition *résolutoire* accomplie est *extinctive ;* dans le second, *génératrice* d'obligations.

A la charge de qui sont les risques de la chose aliénée sous condition résolutoire?

1212. — Si la chose aliénée sous condition résolutoire périt ou se détériore par cas fortuit, *pendente conditione*, et qu'ensuite la condition se réalise, qui supporte cette perte? L'acquéreur sous condition résolutoire.

La raison qu'on en donne est, dit-on, fort simple. L'acquéreur sous condition résolutoire est débiteur, sous condition *suspensive :* car, ainsi que je l'ai montré (n° 1194), toute condition résolutoire renferme une condition suspensive. Or, les risques d'une chose aliénée sous condition *suspensive* sont à la charge du débiteur (article 1182) (1).

Ainsi, dans l'hypothèse d'une vente sous condition résolutoire, si, *pendente conditione*, la chose périt par cas fortuit, elle périt pour l'acheteur, en ce sens qu'il ne peut point, même après que la condition s'est réalisée, répéter le prix de la vente s'il l'a déjà payé, ou refuser de le payer s'il le doit encore. Que si la chose a été détériorée seulement, le vendeur peut, à son choix, la reprendre en rendant le prix, ou retenir le prix en laissant à l'acheteur la chose détériorée.

Art. 1184.

Les contrats synallagmatiques ne renferment-ils pas une condition résolutoire tacite?

Quels sont les différents partis que peut prendre celui des deux contractants qui a exécuté le contrat, si l'autre partie refuse de l'exécuter?

La condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques produit-elle son effet *de plein droit?*

1213. — Tout contrat synallagmatique renferme tacitement une condition résolutoire : la loi suppose qu'il a été entendu entre les parties que, si l'une d'elles n'exécute point son obligation, l'autre partie ne sera point tenue d'exécuter la sienne. Ainsi, la partie qui a exécuté ou qui offre d'exécuter le contrat peut en demander la résolution si l'autre partie refuse de l'exécuter de son côté. Mais, bien entendu, il ne faut voir là qu'une *faculté* dont elle peut user, ou ne pas user, à son gré : autrement, l'une des parties pourrait toujours, en refusant d'exécuter son obligation, obtenir indirectement la résolution du contrat, ce qui serait absurde. La partie qui l'a exécuté ou qui est prête à l'exécuter, tandis que l'autre partie refuse de l'exécuter de son côté, a deux choses à faire, à son choix : elle peut ou demander la résolution du contrat, ou le maintenir et poursuivre l'autre partie pour la contraindre, par toutes voies de droit, à exécuter son obligation.

Quel que soit le parti qu'elle prenne, elle devra être indemnisée

(1) MM. Val.; Marc., art. 1183. — Ce raisonnement ne me semble point juste ; mais la critique de ce système me conduirait trop loin. Tout ce que je puis dire ici, c'est qu'il faut, pour décider cette question, rechercher l'intention des parties et voir dans l'intérêt de qui la condition résolutoire a été stipulée. J'achète votre maison pour 20,000 fr.; mais je stipule que, si je perds un procès dans lequel j'ai une somme de 20,000 fr. compromise, la vente sera résolue ; la maison périt par cas fortuit, et plus tard je perds mon procès : suis-je tenu de payer le prix de vente ? Qui ne voit que la réponse affirmative serait contraire à l'intention évidente des parties? — Comp. M. Dur., t. XI, n° 91.

du dommage que lui aura causé la résolution du contrat, ou le retard que l'autre partie aura mis à l'exécuter.

1214. — L'inexécution de ses obligations par l'une des parties ne suffit point, à *elle seule*, pour amener la résolution du contrat. Ainsi, l'acheteur n'a pas payé son prix à l'échéance du terme, bien qu'il ait été sommé de le payer : le contrat tient toujours; il reste valable tant que la résolution n'en a pas été, sur la demande du vendeur, prononcée en justice. La loi a considéré que le débiteur qui n'exécute pas son obligation en est peut-être empêché par quelque circonstance malheureuse ; peut-être exécutera-t-il dans quelques jours. La justice doit, par conséquent, être consultée, afin qu'elle vérifie les faits, qu'elle apprécie les circonstances. S'il est établi que le débiteur est de mauvaise foi ou au moins négligent, elle prononce la résolution ; si, au contraire, elle reconnaît qu'il est plutôt malheureux que coupable, qu'il a bon vouloir de payer et qu'il le pourra faire dans quelques jours, elle lui accorde un délai à cet effet.

Ce pouvoir, que la loi donne aux juges, de venir au secours du débiteur malheureux et de bonne foi, explique pourquoi la condition résolutoire, qui est sous-entendue dans tout contrat synallagmatique, *n'a pas lieu de plein droit*, pourquoi la résolution du contrat doit être demandée en justice.

Quelles différences y a-t-il entre la condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques et les conditions résolutoires ordinaires ?

1215. — La condition résolutoire *tacite*, je veux dire celle qui est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, *n'a pas lieu de plein droit;* les conditions résolutoires ordinaires, au contraire, *ont lieu de plein droit*. Cette différence est radicale. Expliquons-la, et montrons, par deux espèces opposées l'une à l'autre, les résultats pratiques qu'elle entraîne :

Je vous ai vendu ma maison A pour telle somme payable à telle époque; le terme est échu, et vous ne m'avez pas payé :

1° La résolution n'a pas lieu *de plein droit* : le vendeur doit la demander et la faire prononcer en justice. Jusque-là, la vente tient toujours, et, si l'acheteur paie, la résolution ne peut pas avoir lieu. Le tribunal saisi de la demande en résolution n'est pas même obligé de prononcer la résolution : la loi lui permet d'accorder un délai à l'acheteur; et, si ce dernier paie dans le délai qui lui est accordé, la résolution n'a pas lieu. — La justice a

Je vous ai vendu ma maison B pour telle somme ; nous sommes convenus que la vente sera résolue si tel événement arrive ; l'événement prévu est arrivé :

1° La résolution a lieu *de plein droit* : il n'est pas nécessaire que le vendeur obtienne un jugement de résolution. Il faudra bien, sans doute, qu'il s'adresse à la justice, si l'acheteur soutient que la condition résolutoire ne s'est pas réalisée, car tout fait avancé par une partie et contesté par l'autre donne lieu à un procès; mais la justice, qui reconnaît que la condition résolutoire est réalisée, NE PEUT PAS NE PAS PRONONCER LA RÉSOLUTION. Elle ne résout

donc un double rôle. Elle doit examiner : 1° si l'acheteur a ou non payé son prix ; 2° si l'acheteur qui ne l'a pas payé mérite qu'on lui accorde un délai.

Ainsi, la résolution n'a pas lieu de plein droit, en ce sens qu'*elle n'a lieu qu'à partir du moment où elle a été prononcée en justice ;* en ce sens aussi que *la justice n'est pas même dans la nécessité de la prononcer.*

2° La résolution n'a lieu qu'autant que le vendeur la demande : elle est pour lui *facultative.* Il peut donc renoncer au droit de la demander ; et, par exemple, il est censé y renoncer s'il fait à l'acheteur remise de l'obligation de payer le prix. L'effet de cette renonciation est de rendre la vente irrévocable. L'acheteur ne devient pas propriétaire par l'effet d'un nouveau contrat ; *il reste* définitivement propriétaire. — Ainsi, la résolution n'a pas lieu de plein droit, en ce sens qu'*elle ne peut être demandée que par l'une des parties, celle qui a exécuté son obligation,* dans l'espèce, le vendeur ; en ce sens aussi qu'*elle est pour lui facultative,* de sorte que, s'il y renonce, la vente devient irrévocable.

3° La résolution ne peut pas être invoquée par des tiers, opposée par eux à l'acheteur, tant que le vendeur ne l'a pas fait prononcer en justice : lui seul a qualité pour la faire prononcer. Je suppose que l'immeuble acheté soit actuellement possédé par un tiers, qui est en voie de l'acquérir par prescription ; l'acheteur le revendique : le tiers possesseur ne peut pas repousser sa demande en disant : « La chose que vous revendiquez n'est plus point la vente ; elle en constate la résolution, et ordonne à l'acheteur de restituer la chose qui lui avait été vendue.

Ainsi, la résolution a lieu de plein droit, en ce sens qu'*il n'est pas nécessaire qu'elle soit prononcée en justice,* en ce sens aussi que *la justice ; lorsqu'elle intervient, n'a pas la faculté de ne pas la prononcer.*

2° La résolution a lieu, que le vendeur le veuille ou qu'il ne le veuille pas : dès que l'événement auquel est subordonnée la résolution de la vente est arrivé, la vente est mise à néant, elle est considérée comme n'ayant jamais existé. S'il consent à ce que l'acheteur conserve la propriété, cette convention n'a pas pour effet de rendre irrévocable l'ancienne vente ; c'est un nouveau contrat, en vertu duquel l'acheteur acquiert de nouveau, et à la date de ce contrat, la propriété que la résolution lui avait enlevée rétroactivement. — Ainsi, la résolution a lieu de plein droit, en ce sens qu'*elle peut être demandée par l'une et l'autre partie ;* en ce sens aussi qu'*elle a lieu malgré elles.*

3° La résolution peut être invoquée par toute personne intéressée. Ainsi, dans l'espèce ci-contre, le tiers possesseur triomphera de la revendication dirigée contre lui par l'acheteur, en disant : « Vous n'êtes plus propriétaire : la vente qui vous avait investi du droit de propriété est résolue, puisque l'événement auquel était subordonnée sa résolution est arrivé. » — Ainsi, la résolution a lieu de plein droit, en ce sens qu'*elle est absolue et*

à vous, car la vente qui vous en avait rendu propriétaire est aujourd'hui résolue; elle est résolue, puisque vous n'avez pas payé le prix à l'échéance du terme. » L'acheteur répliquerait : « Tant que le vendeur ne réclame pas, tant qu'il n'a pas fait prononcer en justice la résolution de la vente, la vente tient toujours; je continue donc d'être propriétaire. » — Ainsi, la résolution n'a pas lieu de plein droit, en ce sens qu'*elle ne peut pas être invoquée par les tiers tant qu'elle n'a pas été prononcée en justice sur la demande du vendeur*.

peut être invoquée par toute personne intéressée.

4° Si l'immeuble vendu n'est plus en la possession de l'acheteur, le vendeur ne peut pas agir utilement en revendication contre le possesseur, tant qu'il n'a pas fait prononcer, *contre son acheteur*, la résolution de la vente : jusque-là, en effet, la propriété reste sur la tête de l'acheteur.

4° Dès que l'événement auquel est subordonnée la résolution de la vente est arrivé, le vendeur peut *directement* agir en revendication contre les tiers qui possèdent la chose vendue : dès cet instant, en effet, la propriété lui a fait retour.

1216. — Les parties peuvent convenir expressément que, faute d'exécution dans un certain temps, le contrat sera résolu *de plein droit*. Cette clause est connue, dans la pratique, sous le nom de *pacte commissoire*.

Les parties peuvent-elles convenir que, faute d'exécution dans un certain temps, le contrat sera résolu de plein droit ?

Dans ce cas, la résolution a-t-elle lieu de plein droit si le contrat n'est pas exécuté dans le temps marqué ?

Les parties peuvent-elles convenir que la résolution aura lieu de plein droit, et sans qu'il y ait besoin de sommation ?

Il semble bien, à première vue, qu'elle doit avoir pour effet de ranger l'inexécution des obligations à l'époque convenue dans la classe des conditions résolutoires ordinaires, et qu'en conséquence le contrat est résolu de plein droit, par cela seul que le débiteur n'a pas payé à l'échéance du terme convenu. Il n'en est rien cependant. La loi a pensé que le débiteur oublierait souvent la clause insérée au contrat, qu'en présence de l'inaction du créancier, il s'endormirait dans une fausse confiance. Afin de parer à ce danger, elle veut que le créancier avertisse le débiteur, *par une sommation*, qu'il entend être payé et qu'à défaut de paiement il usera de son droit de résolution dans toute sa rigueur. Alors, si le débiteur, averti et mis en demeure, ne paie pas au moment de la sommation ou le jour même, le contrat est résolu : les juges ne peuvent point en empêcher la résolution en accordant un délai au débiteur (voy. l'expl. de l'art. 1656).

Les parties peuvent même convenir, par une clause expresse,

qu'à défaut de paiement à telle époque le contrat sera résolu de plein droit, par la seule échéance du terme, et *sans qu'il y ait besoin de sommation* (art. 1139).

Mais, dans l'un et l'autre cas, la condition résolutoire, bien qu'expresse, est toujours *facultative* pour celle des parties qui a exécuté le contrat. Cette partie peut donc, si elle le préfère, maintenir le contrat, et forcer, par toutes les voies de droit, l'autre partie à l'exécuter.

Quelles différences a-t-il : 1° Entre les conditions insérées dans un testament et celles qui sont insérées dans un contrat à titre onéreux ?

1217. — VIII. *Différences entre les conditions dans les legs et les conditions dans les contrats.*

1° Dans les legs, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites : le legs reste pur et simple (voy. le n° 527). — Dans les contrats (sauf l'exception relative aux donations, voy. le n° 528), ces conditions sont nulles, et rendent nulle la convention qui en dépend (voy. le n° 1199).

2° L'espérance qui naît d'un legs conditionnel n'est pas transmissible aux héritiers du légataire (voy. le n° 833). — L'espérance qui naît d'un contrat conditionnel est transmissible aux héritiers du créancier (voy. le n° 1205, 1°).

2° Entre les conditions dans les *donations* et les conditions dans les contrats *à titre onéreux* ?

1217 *bis*. — IX. *Différences entre les conditions dans les* DONATIONS *et les conditions dans les* CONTRATS A TITRE ONÉREUX.

1° Les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites dans les donations (voy. le n° 528). — Elles sont nulles dans les contrats à titre onéreux, et rendent nul le contrat qui en dépend (voy. le n° 1199).

2° Les conditions *potestatives* de la part du donateur empêchent la donation de valoir, encore bien qu'elles ne soient point *purement potestatives* (voy. le n° 518). — Dans les contrats à titre onéreux, la condition potestative de la part du débiteur n'entraîne la nullité du contrat qu'autant qu'elle est absolument potestative (voy. le n° 1196).

SECTION II. — DES OBLIGATIONS A TERME.

Art. 1187.

Qu'est-ce que le terme ? Dans l'intérêt de qui peut-il être stipulé ? *Quid*, si les parties n'ont rien dit à cet égard ?

1218. — I. *Définition du terme..... — Qui en bénéficie.* — Le terme est un espace de temps pendant lequel le débiteur ne peut pas être contraint de *faire*, ou le créancier de *recevoir*, le paiement de la dette.

Le terme existe donc tantôt dans l'intérêt du débiteur, tantôt dans l'intérêt du créancier, et quelquefois même dans l'intérêt du débiteur et du créancier.

Dans le premier cas, le débiteur ne peut pas être contraint de payer avant le terme convenu ; mais il peut, s'il le préfère, payer immédiatement.

Dans le second, le créancier ne peut pas être contraint de recevoir le paiement avant l'échéance du terme ; mais il peut, s'il le trouve bon, exiger que le débiteur paie dès à présent.

Dans le troisième, le débiteur ne peut pas être contraint de

faire, ni le créancier de recevoir, le paiement, avant l'époque convenue.

1219. — En principe, le terme est présumé stipulé en faveur du débiteur, lorsque l'acte de la convention ne dit point au profit de qui il l'a été. C'est une application de la règle, que le doute s'interprète en faveur du débiteur (art. 1162).

Il appartient au créancier : 1° lorsque les parties l'ont dit expressément ; 2° lorsque cela résulte de la *nature* du contrat ou des *circonstances*. Ainsi, dans le *dépôt*, la *nature* même du contrat montre suffisamment que le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier : quel intérêt, en effet, le débiteur aurait-il à conserver, jusqu'à l'échéance du terme, une chose dont il n'a pas le droit de se servir ? Un marchand de chevaux en achète plusieurs d'un grand propriétaire qui les a élevés dans ses domaines ; l'acte de vente porte qu'ils seront livrés la veille de la foire de Pâques : les *circonstances* de ce contrat montrent bien que le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier, qui, ne voulant point être chargé de la nourriture des chevaux jusqu'au moment où il pourra les vendre, a stipulé qu'ils lui seraient livrés la veille de la foire.

— En matière de billets à ordre et de lettres de change, le terme est censé stipulé tout à la fois dans l'intérêt du débiteur et du créancier. Il en est de même dans le prêt à *intérêt*.

Art. 1185.

1220. — II. *Des effets du terme.* — Lorsqu'un contrat est fait *purement et simplement*, *rien* n'est suspendu, ni l'*existence*, ni l'*exécution* de l'obligation ; elle est *née* dès l'instant du contrat, et elle est *exigible* dès l'instant qu'elle est née.

Quels sont les effets du terme ? Quelle différence y a-t-il entre un terme et une condition suspensive ?

Lorsque le contrat est fait *sous condition suspensive*, *tout* est suspendu, l'*existence* et l'*exécution* de l'obligation ; la créance n'est pas encore acquise, il y a seulement espoir qu'elle le sera.

Lorsque le contrat est *à terme*, l'*existence* de l'obligation n'est point suspendue ; son *exécution* seule est retardée, renvoyée à une autre époque. La créance est acquise *hic et nunc*, comme lorsque le contrat est pur et simple ; mais le créancier n'en peut exiger le paiement qu'à l'échéance du terme. C'est donc à tort qu'on dit souvent : *qui a terme ne doit rien*. Le débiteur à terme doit réellement ; seulement, il ne peut pas être contraint de payer tant que le terme n'est pas échu. — Remarquons que le débiteur ne peut être actionné en justice que le *lendemain* du dernier jour du terme : car, tant que la dernière minute de ce jour n'a point sonné, le terme n'est pas encore échu. Ainsi, la somme payable *aujourd'hui* ne sera exigible que *demain*.

— En résumé, le *terme* diffère de la *condition*, en ce qu'il ne suspend point les *effets* du contrat, dont il retarde seulement l'*exécution*.

1221. — III. *Des paiements faits avant l'échéance du terme.* — Je distinguerai deux cas :

Art. 1186.

1° *Le débiteur a payé* SCIEMMENT *avant l'échéance du terme.*—C'est l'hypothèse à laquelle se rapporte cette disposition de l'art. 1186 :

Le paiement fait

sciemment avant l'échéance du terme est-il valable ?

ce qui a été payé d'avance ne peut être répété. Ainsi, le débiteur qui a payé *sciemment* avant l'échéance du terme a bien payé : le paiement qu'il a fait est valable. C'est, en quelque sorte, le paiement d'une dette pure et simple : car, en le faisant, le débiteur a tacitement renoncé au bénéfice du terme.

Cette renonciation doit-elle être considérée comme une libéralité déguisée?

Cette renonciation doit-elle être considérée comme une libéralité déguisée ? En principe, non. La loi suppose que, si le débiteur a payé avant l'échéance du terme, c'est qu'il y a trouvé son propre intérêt. Peut-être la chose dont il était débiteur était-elle un fardeau pour lui ; peut-être le soumettait-elle à une garde difficile ; peut-être enfin, si la chose payée est une somme d'argent, a-t-il craint de la perdre en la plaçant : il a pu préférer l'employer immédiatement à sa libération (M. Val.).

Mais, bien entendu, il faut décider autrement lorsque, d'une part, le paiement a été fait à une époque très-éloignée de l'échéance du terme, et que, d'autre part, le paiement a eu pour objet une chose dont la jouissance aurait pu procurer au débiteur un profit appréciable. Mon père vous a légué 20,000 fr. payables dans dix ans, ou tel domaine qui ne doit vous être livré que dix ans après sa mort... Le lendemain du décès de mon père, je vous paie la somme ou le domaine qui vous a été légué : cette renonciation au bénéfice du terme renferme évidemment une libéralité déguisée : elle vous procure, en effet, un profit auquel vous n'aviez pas droit, la jouissance du capital ou de l'immeuble pendant dix ans. Cette libéralité est soumise aux règles ordinaires qui régissent les donations, soit en ce qui touche la capacité des parties, soit quant au *rapport*, à la *réduction*, et à la *révocation* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant.

Le paiement fait, par erreur, avant l'échéance du terme est-il valable ? Le débiteur qui l'a fait peut-il répéter ce qu'il a payé ?

1222. — 2° *Le paiement a été fait* PAR ERREUR ; *le débiteur qui l'a fait se croyait débiteur pur et simple.* — Payer avant terme, c'est payer plus qu'on ne doit : il est, en effet, bien évident que celui qui doit, sans intérêts, 10,000 fr. payables dans vingt ans, et qui les paie aujourd'hui, paie au-delà de ce qu'il doit, puisque, par ce paiement, il se prive d'un avantage auquel le créancier n'avait pas droit, *de la jouissance de cette somme pendant vingt ans.*

Payer *plus qu'on ne doit*, c'est, en partie, payer ce qu'on doit, et, en partie, *ce qu'on ne doit pas.* Or, celui qui paie par erreur ce qu'il ne doit pas a le droit de répéter (art. 1377) : donc le débiteur qui, par erreur, a payé avant l'échéance du terme, a le droit de répéter la jouissance de la chose payée. Le créancier ne peut la retenir à aucun titre : il ne le peut ni comme créancier, puisqu'elle ne lui était pas due, ni comme donataire, car le débiteur, ayant payé *par erreur*, ne peut pas être réputé avoir agi *animo donandi.*

Il est vrai qu'il en était différemment en droit romain ; mais cela tenait à cette circonstance, que la *condictio indebiti* était *de droit strict.* Le terme ne suspendant point l'*existence de l'obligation*, on en concluait que le paiement d'une chose due à terme ne con-

stituait point le paiement d'une chose *non due*. Cette subtilité ne saurait être admise aujourd'hui. Si le créancier avait le droit de conserver ce qu'*en réalité* il a reçu de trop, il profiterait de l'erreur du débiteur et s'enrichirait à ses dépens; or, dans notre droit, il n'est jamais permis de s'enrichir aux dépens d'autrui (1) !

Art. 1188.

Quels sont les événements qui font perdre au débiteur le bénéfice du terme?

1223. — IV. *Des événements qui font perdre le bénéfice du terme.* — Le débiteur perd le bénéfice du terme, et sa dette devient exigible dès à présent :

1° *Lorsqu'il a fait faillite* (art. 124, C. pr. ; 444, C. comm.) ;

2° *Lorsqu'il est en état de déconfiture* (arg. tiré de l'art. 1913). — La *faillite* est l'état d'un commerçant qui a cessé de payer ses dettes. Elle ne prouve point l'insolvabilité du débiteur : car un commerçant, quoique très-riche, peut être, par suite de circonstances fortuites, dans l'impossibilité de satisfaire immédiatement à l'impatience de ses créanciers ; elle la fait présumer seulement. — La *déconfiture*, au contraire, est l'état d'une personne dont le passif est supérieur à l'actif : c'est un état *constaté* d'insolvabilité. Mais quand et comment saura-t-on si une personne a plus de dettes que de biens? Sur ce point, le Code est absolument muet. Il parle, en trois endroits différents, de la *déconfiture* (voy. articles 1865, 1913 et 2003) ; mais il ne l'a, nulle part, définie et réglementée.

Le débiteur qui, par son fait, diminue les sûretés du créancier perd-il le bénéfice du terme?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

3° *Lorsqu'il a, par son fait, diminué les sûretés qu'il a données* PAR LE CONTRAT *à son créancier*. — Le débiteur qui diminue les sûretés du créancier n'est pas toujours déchu du bénéfice du terme. La loi distingue deux sortes de sûretés :

a. Les sûretés générales, celles du droit commun, qui appartiennent de plein droit à tout créancier (voy. le n° 1169). Le débiteur peut les diminuer sans encourir aucune déchéance. Ainsi, par exemple, lorsqu'il donne sa maison, ou qu'il la vend et qu'il en dissipe le prix, il conserve le bénéfice du terme, bien que pourtant il ait, par ses actes, diminué le gage de ses créanciers en diminuant son patrimoine (voy. le n° 1169).

b. Les sûretés spéciales qui n'appartiennent qu'aux créanciers qui les stipulent expressément, telles qu'un gage, une hypothèque, un cautionnement. Ces garanties ont été la condition du crédit qu'a obtenu le débiteur. S'il les détruit en tout ou en partie, le terme qui lui avait été accordé n'a plus de cause. De là la règle que le débiteur perd le bénéfice du terme lorsqu'il détruit ou lorsqu'il diminue les garanties en considération desquelles il l'avait obtenu, et, par exemple, lorsqu'il démolit la maison ou lorsqu'il fait des coupes insolites dans la forêt qu'il avait affectée, *par hypothèque*, au paiement de sa dette.

Quid, lorsque les sûretés stipulées par le créancier sont détruites, *non point par le fait du débiteur, mais par cas fortuit* : que

1224. — Les sûretés qu'avait stipulées le créancier ont été dé-

(1) MM. Dur., t. XI, n° 113; Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 109; Marc., art. 1186: Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 58.

truites, non pas par le fait du débiteur, mais par cas fortuit ?

décider en ce cas ? La loi l'a prévu : le débiteur perd le bénéfice du terme, à moins qu'il ne préfère donner à son créancier des sûretés nouvelles et suffisantes. Ainsi, lorsque la maison qui avait été affectée par hypothèque au paiement de la dette périt par cas fortuit, lorsque la caution qui avait été donnée devient *insolvable*, le débiteur est obligé de payer dès à présent, à moins qu'il ne préfère donner à son créancier une nouvelle hypothèque ou une autre caution.

En résumé, deux cas sont prévus :

1er CAS. Les sûretés ont été détruites ou diminuées *par le fait* du débiteur : le bénéfice du terme est définitivement perdu ; le débiteur ne peut pas le conserver en offrant de nouvelles garanties.

2e CAS. Elles ont été détruites par *cas fortuit* : le débiteur peut conserver le bénéfice du terme en offrant de nouvelles sûretés.

4° *Lorsqu'il refuse de donner les sûretés qu'il a promises par le contrat* (arg. tiré de l'art. 1912).

Combien y a-t-il d'espèces de termes ? Quelles différences y a-t-il entre le terme *de droit* ou *conventionnel* et le terme *de grâce* ou *judiciaire*

1225. — V. *Des différentes espèces de termes.* — 1° Le terme est *exprès* ou *tacite*. L'obligation est *tacitement* à terme lorsqu'elle est de telle nature qu'elle ne peut pas être exécutée immédiatement. Ainsi, par exemple, si un maçon s'est, pendant l'hiver, engagé à construire une maison, il est bien évident que je ne puis pas, avant la saison convenable, exiger qu'il accomplisse son obligation. De même, si quelqu'un s'est obligé, *à Paris*, à me livrer des marchandises *à Marseille*, cette obligation renferme implicitement la stipulation d'un terme suffisant pour transporter les marchandises de Paris à Marseille.

2° *De droit* ou *de grâce*. Le terme *de droit* est le terme *conventionnel*, celui qui résulte de la convention expresse ou tacite des parties. Le terme *de grâce* est celui que le tribunal accorde au débiteur malheureux et de bonne foi (art. 1244).

Deux différences séparent le terme *de droit* du terme *de grâce :*

a. Le terme *de droit* est un obstacle à la compensation ; il en est différemment du terme *de grâce* (voy. les nos 1440 et 1443).

b. Tous les événements qui font perdre le terme *de droit* font également perdre le terme *de grâce ;* mais il est certains faits qui enlèvent au débiteur le terme *de grâce* et qui ne le privent point du terme *de droit*. Ainsi, le débiteur perd le bénéfice du terme *de grâce*, tandis qu'il ne perd pas le bénéfice du terme *de droit :* d'abord lorsque ses biens sont saisis par un ou plusieurs de ses créanciers purs et simples ; — de même, lorsqu'il est en état de contumace ; — enfin, lorsqu'il est constitué prisonnier (art. 124, C. pr.).

SECTION III. — DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

Art. 1189. Qu'est-ce qu'une

1226. — I. *Généralités.* — L'obligation *alternative* est celle qui, bien qu'elle comprenne plusieurs objets, est entièrement éteinte

par la prestation de l'un des objets qu'elle comprend. Telle est, par exemple, l'obligation de vous donner cinquante hectares de terre ou 10,000 fr. Le débiteur n'a pas besoin, pour se libérer complétement, de payer les cinquante hectares de terre et la somme d'argent : la prestation de l'une de ces choses éteint toute sa dette.

obligation *alternative* ?

Mais il n'est pas permis au débiteur de forcer le créancier à recevoir une partie de chacune des choses qui sont comprises dans l'obligation, et, par exemple, dans l'espèce précédente, vingt-cinq hectares de terre et 5,000 fr. Le débiteur doit exécuter son obligation telle qu'elle se comporte ; or, il ne l'exécuterait pas, il la dénaturerait, au contraire, s'il payait des *fractions* de chacune des choses qu'elle comprend, tandis qu'il s'est engagé à procurer *en totalité* l'une ou l'autre des choses promises.

Art. 1191.

Le débiteur peut-il forcer le créancier à recevoir une partie de chacune des choses comprises dans l'alternative?

Du principe que le débiteur ne peut se libérer qu'en payant l'une ou l'autre des choses dues, il résulte que, s'il meurt laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux est tenu de payer sa part *dans le même objet* : ils doivent donc s'entendre à cet effet. S'ils offrent, l'un sa part dans tel objet, l'autre sa part dans un objet différent, le créancier peut refuser de recevoir, et poursuivre les héritiers en dommages et intérêts pour cause d'inexécution de l'obligation.

Quid, s'il meurt laissant plusieurs héritiers?

— Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été *expressément* accordé au créancier. C'est une nouvelle application du principe que la convention, dans le doute, s'interprète en faveur du débiteur (art. 1162).

Art. 1190.

Lorsque l'obligation est alternative, à qui appartient le droit de choisir?

1227. — De même que le débiteur, quand le choix lui appartient, ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre des choses dues, de même le créancier, quand c'est lui qui a le choix, n'a pas le droit d'exiger des fractions de chacune des choses qui sont dans l'obligation : il ne peut que réclamer l'une ou l'autre de ces choses. S'il meurt laissant plusieurs héritiers, ceux-ci doivent demander chacun sa part dans *le même objet* : tant qu'ils ne sont pas d'accord à ce sujet, le débiteur peut refuser de payer.

Le créancier peut-il, quand le choix lui appartient, exiger une fraction de chacune des choses comprises dans l'alternative?

Quid, s'il meurt avec plusieurs héritiers?

— Le débiteur qui a offert l'une des choses dues, *à son choix*, n'est pas lié par cette offre tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier : jusque-là l'obligation reste ce qu'elle était, *alternative, au choix du débiteur*. Réciproquement, le créancier qui, dans sa demande, a désigné l'une des choses dues, *à son choix*, reste maître de réclamer, s'il le préfère, l'autre chose, tant que le débiteur n'a pas adhéré à sa demande ou qu'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation (arg. tiré de l'art. 1211) (M. Val.).

Le débiteur qui a offert l'une des deux choses dues *à son choix* est-il lié par cette offre?

Si le créancier a exigé l'une des deux choses dues à son choix, peut-il revenir sur ce choix?

1228. — Enfin, si l'obligation est *périodique*, si, par exemple, je dois vous payer, *chaque année*, vingt mesures de blé ou trois pièces de vin, celui de nous deux à qui appartient le choix peut, chaque année, réclamer ou payer tantôt une chose, tantôt l'autre.

Si l'obligation alternative est périodique, le choix doit-il être le même chaque année?

Art. 1192.

Lorsque l'une des choses promises sous une alternative ne peut pas faire l'objet d'une obligation, l'obligation est-elle nulle?

1229. — Lorsque l'un des deux objets promis ne peut pas faire la matière d'une obligation, soit parce qu'il est illicite, soit parce qu'il n'est pas dans le commerce, soit enfin parce qu'il n'existe point, l'obligation n'est pas nulle pour le tout : *utile per inutile non vitiatur*. L'obligation est alors restreinte à l'autre objet; elle devient pure et simple. Ainsi, lorsque je vous vends ma maison ou la succession d'une personne vivante (art. 1130), la maison est seule comprise dans l'obligation.

Ne faut-il pas, dans ce cas, rechercher si les parties n'ont point déguisé une obligation avec clause pénale sous l'apparence d'une obligation alternative?

Mais prenons garde! lorsqu'une obligation est contractée *avec clause pénale*, et que l'obligation principale a pour objet un fait illicite ou une chose qui n'est point dans le commerce, tout est nul, l'obligation et la clause pénale (art. 1227); or, l'obligation *avec clause pénale* a beaucoup d'analogie avec une obligation *alternative*. Les juges auront donc à rechercher si l'obligation qui se présente avec les apparences d'une obligation alternative n'est pas, au fond, une obligation avec clause pénale : ce sera une question de fait. Ainsi, lorsque je vous promets de ne pas exercer mes droits d'électeur ou de vous donner telle somme, les juges peuvent, nonobstant la forme alternative de ma promesse, décider, en fait, qu'elle constitue une véritable promesse *avec clause pénale*, et la traduire ainsi : Je n'exercerai pas mes droits d'électeur, et, si je manque à l'engagement que je prends envers vous, je vous paierai telle somme. Dans ce cas, la convention serait entièrement nulle (1).

Art. 1193.

Qu'arrive-t-il lorsque l'une des choses dues, *au choix* du débiteur, vient à périr?

1230. — II. *De la perte des choses ou de l'une des choses dues sous une alternative.* — La loi distingue si le choix appartenait au débiteur ou s'il appartenait au créancier.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Le choix appartenait au débiteur.* — Plusieurs cas peuvent se présenter.

Si l'une des deux choses seulement a péri, l'obligation est restreinte à celle qui reste : le prix de la chose périe ne peut pas être offert à sa place. Ainsi, soit que la chose ait péri par cas fortuit, soit qu'elle ait péri par le fait ou par la faute du débiteur, l'obligation devient pure et simple. Si donc, lorsque je vous dois, *à mon choix*, mon bœuf ou mon cheval, je tue mon bœuf, ou si je l'aliène, mon obligation n'a plus qu'une chose pour objet, mon cheval. Le bœuf qui a péri n'est pas remplacé dans l'obligation par une somme représentative de sa valeur. Je puis bien disposer de l'une des choses dues, puisque je suis le maître de payer l'une ou l'autre; mais il ne m'est point permis de substituer une chose à une autre : ce serait dénaturer mon obligation.

L'obligation alternative qui se trouve restreinte à l'un des deux objets qu'elle comprenait est-elle une obligation pure et simple proprement dite?

1231. — L'obligation restreinte à celle des choses qui n'a point péri est-elle une obligation *pure et simple* ordinaire? Est-elle dans le même état que si, *à priori*, elle n'avait eu que cette seule chose pour objet? Oui, si la chose qui n'existe plus a péri *par cas fortuit*. Si donc la chose qui reste périt à son tour par cas fortuit, l'obligation est éteinte, et le débiteur complétement libéré.

(1) MM. Val.; Marc., art. 1192.

Mais que décider si la chose qui a péri la première a péri par *le fait* du débiteur? L'obligation, restreinte à l'objet qui reste, devient-elle, comme dans l'espèce qui précède, une obligation pure et simple proprement dite? Faut-il dire qu'elle est dans le même état que si, *ab initio*, elle n'avait eu que cette seule chose pour objet, et qu'en conséquence, si la chose qui reste périt par cas fortuit, le débiteur sera complétement libéré?

A première vue, l'affirmative ne semble pas douteuse. On raisonne ainsi : « Le débiteur qui est tenu sous une alternative, à son choix, est le maître de payer l'une ou l'autre des choses dues : il peut, par conséquent, disposer à son gré de l'une des choses qui sont comprises dans l'obligation. En agissant ainsi, il exerce un droit qu'il s'est réservé, il use de la faculté qu'il a de choisir, il choisit l'objet qui devra être payé; il rend l'obligation pure et simple : donc, si la chose qui est devenue l'objet *unique* de l'obligation vient à périr par cas fortuit, le débiteur est complétement quitte et n'a rien à payer. »

Cette argumentation, quoique fort spécieuse, pèche en un point essentiel : elle repose sur un principe faux. Le débiteur, qui est maître de payer l'une ou l'autre des choses dues, a, dit-on, le droit de déterminer celle des deux choses qu'il paiera *quand viendra le moment de payer*. Or, c'est là précisément ce que je conteste. Le débiteur, lorsqu'il a le choix, peut, en effet, payer à son gré l'une ou l'autre des choses dues; mais, ce choix, il ne peut le faire qu'*au moment du paiement*, *par le paiement même*. Il ne peut pas le faire *par avance* : car, par ce choix anticipé, il modifierait son obligation, ce qu'il ne peut pas faire seul; il la dénaturerait au préjudice du créancier! On conçoit, en effet, que les risques que le créancier court de perdre sa créance sont bien plus grands lorsqu'elle a pour objet une chose *unique* que lorsqu'elle a pour objet *plusieurs choses* qui doivent lui être payées l'une à défaut de l'autre.

Le débiteur peut-il, *à l'avance*, choisir celle des deux choses qui devra être payée?

Qu'arrive-t-il lorsque les deux choses ont péri et que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles?

La décision de la loi sur ce point est-elle logique et juste?

Ainsi, le choix *anticipé* que fait le débiteur est une *faute* qui engage sa responsabilité.

Toutes les fois que les deux choses ont péri, et que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles, une indemnité est due au créancier.

Mais quel sera le chiffre de cette indemnité? La loi dit, sans faire aucune distinction, que le débiteur paiera *le prix de la chose qui a péri la dernière*. Je conçois cette disposition pour le cas où la chose qui a péri la première a péri *par cas fortuit*, tandis que la seconde a péri *par la faute du débiteur*. Dans l'hypothèse inverse, je la conçois encore lorsque la chose qui a péri la dernière est d'une valeur moindre que celle qui a péri la première : le débiteur avait la faculté de payer celle qui valait le moins; il en paie le prix, rien de plus juste. Mais voici où la disposition de la loi est sujette à critique :

Je vous dois, *à mon choix*, mon cheval ou mon bœuf; le cheval

vaut 2,000 fr., le bœuf 1,000 fr. seulement; je tue ou je vends mon bœuf; le cheval auquel était restreinte l'obligation périt ensuite par cas fortuit. Que vous dois-je? Le prix du cheval, 2,000 fr., c'est-à-dire une *indemnité supérieure au dommage que je vous ai causé* : car, si je n'étais pas en faute, le bœuf, qui ne valait que 1,000 fr., existerait encore, et je pourrais me libérer en vous le livrant. Mais la loi ne distingue point, *et dura lex sed lex.*

En résumé?
Quid, si l'une des deux choses seulement a péri?

1231 *bis*. — RÉSUMÉ. 1° *L'une des deux choses seulement a péri, soit par cas fortuit, soit par le fait ou la faute du débiteur.* — L'obligation est restreinte à celle qui reste; le prix de la chose qui a péri ne peut être offert à sa place.

Quid, lorsque les deux choses ont péri l'une après l'autre et que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles?

2° *Les deux choses ont péri l'une après l'autre, et le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles.* — Le débiteur doit le prix de celle qui a péri la dernière.

Lorsqu'elles ont péri simultanément par la faute du débiteur?

3° *Les deux choses ont péri simultanément par la faute du débiteur.* — Celui-ci peut payer le prix de celle qui valait le moins.

Lorsqu'elles ont péri successivement ou simultanément par cas fortuit?

4° *Les deux choses ont péri, successivement ou simultanément, par cas fortuit.* — Le débiteur est entièrement quitte et n'a rien à payer (art. 1195).

1232. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Le choix appartenait au créancier.* — Ici encore plusieurs cas sont à considérer.

Art. 1194.

Dans le cas où le choix appartient au créancier, qu'arrive-t-il:

Lorsque l'une des deux choses a péri par cas fortuit?

1° *L'une des choses dues a péri* PAR CAS FORTUIT. — L'obligation est restreinte à celle qui reste; le créancier n'a pas le droit de demander le prix de celle qui a péri.

Lorsqu'elle a péri par la faute du débiteur?

2° L'une des choses dues a péri *par le fait ou la faute du débiteur.* — Le créancier, ne devant pas souffrir de la faute du débiteur, conserve le bénéfice de l'alternative : il peut donc réclamer, à son choix, ou la chose qui reste ou le prix de celle qui a péri.

Lorsqu'elles ont péri successivement ou simultanément par la faute du débiteur?

3° *Les deux choses ont péri, soit simultanément, soit successivement, par la faute du débiteur.* — Le créancier peut réclamer, à son choix, ou la chose qui reste ou le prix de celle qui a péri.

Lorsqu'elles ont péri successivement et que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles?

4° *Les deux choses ont péri successivement, et le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles.* — Il semble bien que le créancier ne devrait avoir que le droit de réclamer le prix de celle qui a péri par la faute du débiteur. Celui-ci, étant en faute, doit réparer le dommage causé; or, quel dommage a-t-il causé? Il consiste uniquement dans la perte de la chose qui a péri par sa faute : donc l'indemnité ne devrait point dépasser le prix de cette chose. Ce n'est pourtant pas ce que la loi décide : elle autorise le créancier à réclamer, *à son choix*, le prix de l'une ou de l'autre chose, et, par conséquent, s'il le veut, le prix de celle qui a péri par cas fortuit! elle force ainsi le débiteur à payer une indemnité qui dépasse le dommage qu'il a causé!

Lorsqu'elles ont l'une et l'autre péri par cas fortuit?

5° *Les deux choses ont péri, successivement ou simultanément, par cas fortuit.* — Le débiteur est entièrement quitte et n'a rien à payer (art. 1195).

Art. 1196.

Quid, lorsque l'o-

— Les mêmes principes qui viennent d'être exposés s'appliquent

au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative.

bligation comprend plus de deux choses?

1233. — III. *Question.* — La convention de donner deux corps certains sous une alternative est-elle *translative de propriété* ou simplement *génératrice d'obligation* ? Un propriétaire vend sa maison A ou sa maison B : quel droit l'acheteur a-t-il acquis ? Est-il *propriétaire* ou simplement *créancier* ?

La convention de donner deux corps certains sous une alternative est-elle *translative de propriété*, ou simplement *génératrice d'obligation*?

Quel est l'intérêt de cette question?

Quelques personnes pensent que cette convention *n'est point translative de propriété;* que l'acheteur n'a acquis, dans l'espèce, qu'*un simple droit de créance.*

De là les conséquences suivantes :

1° Les deux choses comprises dans l'obligation sont aux risques et périls du vendeur. Si elles périssent par cas fortuit, il sera libéré sans doute, mais l'acheteur ne sera pas obligé de payer son prix : car, ainsi que je l'ai démontré, sous les n^os^ 1134 et 1135, les choses dont nous ne sommes pas *propriétaire* ne sont pas à nos risques.

2° Si le vendeur fait faillite avant d'avoir livré l'une ou l'autre des choses vendues, l'acheteur, n'étant pas propriétaire et ne pouvant plus le devenir après la faillite de son débiteur, n'a pas le droit de revendiquer l'une des deux choses qui lui ont été vendues : il n'a droit qu'à des dommages et intérêts. Simple créancier, il concourt, au marc le franc, avec les autres créanciers, et n'obtient, si la faillite est insolvable, qu'un simple dividende.

3° Si le vendeur aliène l'une des deux choses, ou les deux choses, comprises dans la vente, cette aliénation est valable : l'acheteur ne peut pas revendiquer contre le tiers-acquéreur et l'évincer. Tout se passe alors comme si la chose ou les choses aliénées par le vendeur avaient péri par son fait, ce qui amène l'application des règles établies par les art. 1193 et 1194.

On peut, à l'appui de ce système, citer ces paroles de M. Bigot-Préameneu : «Lorsque deux choses ont été promises sous une alternative, il y a incertitude sur celle des choses qui sera livrée, et de cette incertitude il résulte qu'*aucune propriété n'est transmise au créancier que par le paiement.* Jusque-là, la propriété reste sur la tête du *débiteur*, et conséquemment aux risques du débiteur. »

1234. — Je n'admets pas ce système. Il est bien vrai que c'est le paiement de l'une des choses vendues qui opérera, le plus ordinairement, la mutation de propriété ; mais pourquoi? parce que le paiement est la réalisation de la condition à laquelle est subordonnée cette mutation! Cette mutation doit, par conséquent, avoir un effet rétroactif au jour du contrat. Développons cette idée.

Lorsque je vous vends ma maison A ou ma maison B, je vous promets par cela même la propriété de l'une des choses que je vous vends, la propriété de la chose que je choisirai si le choix m'appartient, la propriété de la chose qui sera choisie par vous s

c'est vous qui avez le droit de choisir. Vous avez acquis deux droits conditionnels : 1° un droit de propriété sur la maison A, sous cette condition suspensive, *si c'est la maison A qui est choisie pour être payée ;* 2° un droit de propriété sur la maison B, sous cette condition suspensive, *si le choix porte sur la maison B.* Or, le choix se faisant ordinairement par le paiement, au moment même du paiement, M. Bigot-Préameneu a eu raison de dire que la propriété n'est transférée que par le paiement ; mais, soit que le choix s'effectue par le paiement, soit qu'il se place à une époque antérieure, il constitue toujours l'accomplissement de la condition à laquelle était subordonnée la mutation de propriété : donc, cette mutation a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179).

Ainsi, l'acheteur de deux choses vendues sous une alternative est propriétaire de chacune d'elles, mais sous condition suspensive.

De là les conséquences suivantes :

1° Si le vendeur tombe en faillite et que le droit de choisir appartienne à l'acheteur, celui-ci peut revendiquer l'une ou l'autre des choses qui lui ont été vendues (1).

2° Supposons que le vendeur vend ou donne l'une des deux choses précédemment vendues. L'acheteur, si c'est à lui qu'appartient le droit de choisir, peut revendiquer contre le tiers acquéreur et l'évincer de la chose qu'il possède, s'il ne l'a pas d'ailleurs acquise par prescription ou par l'effet de la règle : *en fait de meubles, la possession vaut titre.* Si le choix appartient au vendeur, il a, en donnant ou en vendant l'une des choses précédemment vendues, fixé par là même son choix sur la chose qu'il a conservée ; et il ne lui est pas permis de changer d'avis, car il s'est tacitement engagé envers le nouvel acquéreur à ne point porter son choix sur la chose qu'il lui a vendue ou donnée. Il en résulte que l'aliénation qu'il a faite est valable : l'acheteur primitif, devenu propriétaire de la chose conservée par son vendeur, ne peut pas revendiquer celle qu'il a aliénée. Il en serait autrement, toutefois, si la chose conservée par le vendeur venait à périr : car le choix anticipé, celui qui se fait avant le paiement, ne peut pas nuire au créancier (voy. le n° 1231).

3° L'acheteur, quand le choix lui appartient, reçoit la chose qu'il choisit franche et quitte des servitudes et hypothèques dont elle a été grevée du chef du vendeur depuis la vente et avant l'option qui en a été faite.

1235. — Le vendeur qui a le droit de choisir, s'il hypothèque l'une des deux choses dues, perd, dans ses rapports avec son créancier hypothécaire, la faculté de porter son choix sur la chose hypothéquée. La choisit-il : le créancier, dont l'hypothèque serait

(1) *Quid*, si le droit de choisir appartient au vendeur failli ? les syndics peuvent-ils être forcés de choisir, et, s'ils refusent de le faire, la justice peut-elle choisir pour eux ? Cette question me semble fort délicate, et je ne saurais la résoudre ici.

éteinte si le choix était maintenu, peut faire révoquer ce choix pour le porter ensuite sur la chose qui ne lui a pas été hypothéquée.

1236. — Dans ce système, comme dans le premier, les risques des choses vendues sous une alternative sont à la charge du vendeur : car, dans les contrats *conditionnels*, la chose qui fait l'objet du contrat est aux risques et périls du débiteur (voy. les nos 1207 et suiv.).

Quelles différences y a-t-il : 1° Entre l'obligation *alternative* et l'obligation *conjonctive* ?

1237. — IV. *Différences entre l'obligation alternative et quelques autres obligations.* — L'obligation alternative ne doit pas être confondue :

1° Avec l'obligation *conjonctive*. — L'obligation conjonctive est celle qui comprend plusieurs objets et qui n'est complétement éteinte que par la prestation de chacun des objets qu'elle comprend. Je vous dois mon cheval *et* mon bœuf : mon obligation est *conjonctive*. Je ne serai quitte envers vous qu'après que je vous aurai payé les deux choses que je vous dois. L'obligation *alternative*, au contraire, est complétement éteinte dès que le débiteur a payé l'un des objets compris dans l'obligation.

Ce n'est pas la seule différence.

Je vous ai vendu deux choses sous une *conjonctive* : ces deux choses vous appartiennent purement et simplement dès le moment du contrat ; dès ce moment elles sont à vos risques et périls, leur perte ne vous dispense point de payer votre prix. — Il en est différemment dans le cas d'une vente *alternative*. Vous n'êtes propriétaire que sous condition suspensive de l'une ou de l'autre des choses vendues. En conséquence, les risques ne sont pas à votre charge : si les deux choses périssent, vous n'êtes pas obligé de payer votre prix.

Lorsque deux choses dues sous une *alternative* sont, l'une mobilière, l'autre immobilière, la nature de l'obligation ne peut pas être déterminée *à priori* : l'obligation sera mobilière ou immobilière suivant la nature de la chose qui sera payée. — Lors, au contraire, que deux choses sont dues sous une *conjonctive*, la dette est mobilière quant au meuble et immobilière quant à l'immeuble qu'elle a pour objet.

2° Entre l'obligation *alternative* et l'obligation *facultative* ?

1238. — 2° Avec l'obligation *facultative*. — L'obligation *facultative* est celle qui laisse au débiteur la faculté de se libérer en payant une chose autre que celle qu'il doit (art. 891 et 1681). Ainsi, par exemple, lorsqu'un legs est conçu en ces termes : « Je lègue à Paul ma maison A; mais, *si mon héritier le préfère, si cela lui convient mieux*, il pourra se libérer de l'obligation de livrer la maison A en payant 10,000 fr., » l'obligation dont l'héritier est tenu est *facultative*. Une seule chose est due, la maison A; la somme de 10,000 fr. ne l'est pas : cette somme n'est point *in obligatione*, elle est seulement *in facultate solutionis*.— Dans l'obligation *alternative*, au contraire, bien que le débiteur puisse se libérer en payant l'une seulement des choses qu'elle comprend, toutes sont dues, toutes sont *in obligatione*.

De là trois principales différences entre l'obligation *alternative* et l'obligation *facultative :*

PREMIÈRE DIFFÉRENCE. Si l'un des deux objets compris dans l'obligation *alternative* est soit un fait illicite, soit une chose qui n'existe pas dans le commerce, l'obligation n'est point nulle; elle est seulement restreinte à l'autre objet : le créancier peut exiger que cet objet lui soit payé (voy. le n° 1229).

Dans l'hypothèse d'une obligation *facultative*, si l'objet qui est *in obligatione* est un fait illicite, une chose qui n'existe point ou qui n'est point dans le commerce, l'obligation est nulle. Le créancier ne peut pas exiger la chose qui est *in facultate solutionis* : il ne saurait être question de paiement là où il n'y a point d'obligation.

SECONDE DIFFÉRENCE. Si l'une des deux choses dues sous une *alternative* périt par cas fortuit, l'obligation est restreinte à l'objet qui reste (art. 1193 et 1194). — Que si, au contraire, la chose qui fait l'objet d'une obligation *facultative* périt par cas fortuit, l'obligation est éteinte : le débiteur n'est pas tenu de payer la chose *quæ in facultate solutionis est*, car il ne l'a jamais due.

TROISIÈME DIFFÉRENCE. Lorsque l'obligation *alternative* a pour objet une chose mobilière ou une chose immobilière, il est impossible de la qualifier *à priori :* car on ne sait pas si l'une plutôt que l'autre sera, en définitive, la chose due. C'est le paiement seul qui déterminera sa nature : elle sera mobilière ou immobilière, suivant la nature de la chose payée. — Dans l'hypothèse de l'obligation *facultative*, au contraire, tout est fixé *à priori :* la nature de la chose *quæ in obligatione est* détermine nécessairement la nature de l'obligation.

3° Entre l'obligation *alternative* et l'obligation *avec clause pénale ?*

1239. — 3° Avec l'*obligation sous clause pénale.* — L'obligation est avec clause pénale lorsque le montant des dommages-intérêts qui pourront résulter de son inexécution est fixé à l'avance par les parties (voy. le n° 1148). Dans cette hypothèse, le débiteur n'est pas le maître d'exécuter son obligation ou de payer la clause pénale : tant que l'obligation est susceptible d'être exécutée, le créancier peut exiger qu'elle le soit. Réciproquement, le créancier ne peut pas exiger, à son choix, le paiement de l'obligation ou de la clause pénale : car le débiteur ne doit la peine qu'autant qu'il n'exécute pas son obligation.

Ce n'est pas tout. L'obligation *avec clause pénale* est nulle ou éteinte lorsque la chose promise ne peut pas faire le sujet d'une obligation ou lorsqu'elle vient à périr par cas fortuit : dans l'un et l'autre cas, le créancier n'a pas le droit d'exiger le bénéfice de la clause pénale (art. 1227). Dans l'un et l'autre cas, au contraire, l'obligation *alternative* reste valable : le créancier a le droit de réclamer la chose qui est devenue l'objet unique de l'obligation (voy. les nos 1230 et s.).

SECTION IV. — DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

§ I. — *De la solidarité entre les créanciers.*

26e *Répétition.*

Art. 1197.

Lorsqu'une personne promet la même chose à plusieurs, s'oblige-t-elle pour le tout envers chacun des créanciers ?

Est-il permis de déroger, par une clause expresse, au principe du droit commun ?

Qu'est-ce que *stipuler la solidarité ?*

1240. — I. *Généralités.* — Lorsqu'une personne promet à plusieurs une même chose, elle s'oblige *fractionnairement* envers ceux qui jouent le rôle de créanciers : au lieu de devoir la chose entière à chacun d'eux, elle ne doit à chacun qu'une fraction égale de cette chose. Il y a autant de dettes et de créances distinctes qu'il y a de créanciers. Ainsi, lorsque trois personnes se réunissent pour me prêter 9,000 fr., l'emprunt que je contracte crée trois obligations distinctes, de 3,000 fr. chacune : chaque créancier n'a contre moi qu'une créance de 3,000 fr.

Tel est le droit commun. Mais la loi permet d'y déroger par une clause expresse. Les stipulants peuvent, en effet, s'associer, réunir toutes leurs créances en une seule, et se donner réciproquement mandat de recevoir le paiement de la créance commune et de faire tous les actes nécessaires soit à sa conservation, soit à son amélioration : c'est ce qu'on appelle stipuler *la solidarité.*

Le mot *solidarité* n'est pas sacramentel ; les parties peuvent employer toute autre expression propre à manifester leur intention. Ainsi, lorsque trois personnes se réunissent pour prêter une somme, elles peuvent stipuler que le prêt est fait sous condition de solidarité..., ou bien que chacun des créanciers aura le droit de poursuivre le débiteur *pour le tout.* Les créanciers de cette somme sont alors *solidaires*, c'est-à-dire mandataires les uns des autres, à l'effet : 1° de poursuivre et de recevoir le paiement intégral de la dette ; 2° de faire tous les actes nécessaires à la conservation et à l'amélioration de leur créance.

La solidarité entre les créanciers a-t-elle quelquefois lieu de plein droit ?

1241. — La loi ne présume jamais la solidarité de la part des créanciers. Il en est différemment, nous le verrons bientôt, de la solidarité de la part des débiteurs (voy. n° 1246).

1242. — Le débiteur qui s'est obligé solidairement, bien qu'il doive la même chose à plusieurs et à chacun en totalité, ne la doit cependant qu'*une seule fois.* Il en résulte que, dès qu'il l'a payée entre les mains de l'un ou de l'autre des créanciers, son obligation est complétement éteinte : le paiement qu'il fait à l'un d'eux le libère à l'égard de tous (1).

En résumé, pour qu'il y ait solidarité de la part des créanciers, quatre conditions doivent concourir. Il faut : 1° que plusieurs personnes stipulent ; — 2° qu'elles stipulent *la même chose ;* — 3° qu'elles la stipulent *de la même personne* (2) ; — 4° qu'elles la stipulent

(1) *Stipulantibus solidum singulis debetur; una res tamen vertitur, et alter debitum accipiendo, omnium perimit obligationem* (Inst., § 1 *De duob. reis*).

(2) Bien entendu, il pourrait y avoir à la fois plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs solidaires.

chacune pour le tout, mais de manière que le débiteur soit complétement libéré par le paiement qu'il fera à l'une d'elles.

Qu'est-ce qu'une *créance solidaire* ?

Ainsi, la créance solidaire est celle qui appartient à plusieurs personnes, mandataires les unes des autres à l'effet d'en poursuivre le remboursement et de faire tous les actes nécessaires soit à sa conservation, soit à son amélioration.

Art. 1198 et 1199.

1243. — II. *Des effets de la solidarité à l'égard des créanciers.* — Du principe que les créanciers solidaires sont mandataires ou représentants les uns des autres, à l'effet de poursuivre le paiement de la dette et de faire tous les actes qui peuvent conserver ou améliorer la créance commune, il résulte :

N'existe-t-il point un certain mandat entre les créanciers solidaires ?

Quelles conséquences ce mandat entraîne-t-il ?

1° Que chaque créancier a le droit d'exiger le paiement intégral de la dette. — Le bénéfice qu'il en retire se partage entre tous par portions égales, à moins qu'il n'ait été, par des arrangements particuliers, attribué à chacun d'eux pour des parts inégales. — Le débiteur peut payer, à son gré, celui des créanciers qu'il lui plaît de choisir. Toutefois, s'il a déjà été poursuivi par l'un d'eux, c'est entre les mains du créancier poursuivant qu'il doit payer ; et cela pour deux raisons : d'abord parce que le créancier qui l'actionne agit tant au nom de ses cocréanciers, qu'il représente, qu'en son propre nom ; ensuite parce que celui qui, le premier, forme une demande en paiement ne peut pas être privé, par le fait du débiteur, de l'avantage qui résultera pour lui de la possession des fonds : on conçoit, en effet, qu'il vaut bien mieux, dans l'espèce, avoir des comptes à rendre que des comptes à demander ; le créancier qui a reçu les fonds est sûr de ne point perdre, tandis que ses cocréanciers courent le risque de son insolvabilité.

Si, parmi les créanciers, il en existe un contre lequel la prescription ne court point, cette suspension de la prescription profite-t-elle aux autres ?

2° Que le créancier qui interrompt la prescription l'interrompt au profit de tous. — Mais, s'il existe parmi eux un créancier contre lequel, à raison d'un privilége particulier, la prescription ne court point, elle court néanmoins contre les autres. Ainsi, lorsque l'un des créanciers est *mineur*, la prescription qui est suspendue dans son intérêt ne l'est pas à l'égard des autres. Il en est différemment, il est vrai, lorsque le même droit, appartenant à plusieurs personnes, est *indivisible*. Ainsi, lorsqu'une servitude appartient à plusieurs personnes dont l'une est mineure, la prescription ne court contre aucune d'elles. C'est l'application de cette ancienne règle : *le mineur relève le majeur en fait de prescription* (art. 710). Mais cette règle est spéciale à l'*indivisibilité ;* on ne peut pas, par analogie, l'étendre à la *solidarité* (1).

3° Que, si l'un des créanciers constitue le débiteur en demeure, soit par une sommation, soit par tout autre acte équivalent, le débiteur est en demeure à l'égard de tous.

4° Que, s'il fait courir les intérêts en formant une demande en justice contre le débiteur, les intérêts courent au profit de tous.

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III ; Marc., art. 1199. — *Contrà*, Delv., t. II, p. 499 ; Dur., t. XI, n° 180.

5° Que, s'il se fait donner une hypothèque ou toute autre sûreté, cette garantie profite à tous.

1244. — Quant aux actes qui pourraient nuire aux créanciers, aucun d'eux n'a le pouvoir de les faire au nom de tous : si donc l'un d'eux fait remise de la dette au débiteur, cette remise n'a d'effet qu'à l'égard du créancier qui l'a faite, et seulement dans la limite de la part qu'il avait dans la créance.

Quid, si l'un d'eux fait remise de la dette au débiteur ?

§ II. — *De la solidarité de la part des débiteurs.*

1245. — I. *Généralités.* — En principe, lorsque plusieurs personnes promettent *la même chose* à une même personne, chacune d'elles ne s'oblige que *fractionnairement*. Ainsi, lorsque trois personnes se réunissent pour emprunter de la même personne la somme de 9,000 fr., chacune d'elles ne s'oblige envers le créancier que pour 3,000 fr. seulement : il y a alors autant de dettes séparées qu'il y a de débiteurs.

Art. 1200.

Lorsque plusieurs personnes promettent la même chose à la même personne, s'obligent-elles chacune pour le tout ?

Peut-on, par une clause expresse, déroger à ce principe du droit commun ?

Dans ce cas, la chose promise est-elle due *plusieurs fois* ?

Tel est le droit commun. Mais il est permis d'y déroger. Le créancier peut, en effet, exiger que ceux qui s'obligent envers lui relativement à une même chose s'associent de telle manière qu'ils soient, vis à vis de lui, considérés comme une seule et même personne représentée par chacun d'eux : c'est ce qu'on appelle *stipuler la solidarité de la part des débiteurs*.

Bien que la chose due solidairement le soit par plusieurs personnes et par chacune pour le tout, elle ne l'est pourtant qu'*une seule fois* : toutes les obligations comprises dans la dette solidaire sont donc éteintes dès qu'elle a été payée par l'un des débiteurs.

Art. 1201.

Est-il nécessaire, pour qu'il y ait solidarité, que chacun des promettants s'oblige de la même manière ?

— Il est de l'essence de la dette solidaire que toutes les obligations dont elle se compose aient *la même chose* pour objet; mais la loi n'exige point que chacun des obligés la doive *de la même manière*. Chacun doit promettre *la même chose*; mais chacun peut la promettre différemment, celui-ci purement et simplement, celui-là à terme ou sous condition. Il en résulte que, si l'un des débiteurs solidaires, tous obligés à terme, fait faillite, le débiteur failli perdra seul le bénéfice du terme (M. Val.). Voy., toutefois, une exception à cette règle dans l'hypothèse que prévoit l'art. 444 du Code de commerce.

Quels sont les caractères d'une dette solidaire ?

— En résumé, la dette solidaire réunit les caractères suivants : 1° une *même chose*, due par plusieurs personnes et par chacune *pour le tout;* 2° un seul paiement qui libère tous les débiteurs ; 3° mandat reçu et donné par chacun d'eux de représenter ses co-débiteurs, — mandat irrévocable, puisqu'il est donné dans l'intérêt du créancier qui en a fait la condition du crédit qu'ils ont obtenu de lui.

Art. 1202.

La solidarité se présume-t-elle ?

N'a-t-elle pas quelquefois lieu de plein droit ?

1246. — II. *Des cas où la solidarité a lieu.* — La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit *expressément* stipulée. Ce n'est que *par exception* qu'elle a lieu de plein droit.

Elle doit être expressément *stipulée*... Mais remarquons qu'il

n'est pas nécessaire que les parties se servent du mot *solidarité*. Nous n'avons plus, dans notre droit, de termes sacramentels (voy. le n° 1240).

— Par exception, la solidarité a lieu *de plein droit*, c'est-à-dire en vertu d'une disposition de la loi, dans les cas suivants :

1° Lorsqu'une femme veuve contracte un second mariage, son nouvel époux est *solidairement* responsable avec elle des suites de la tutelle qui lui a été conservée par le conseil de famille ou qu'elle a indûment gérée (art. 395 et 396).

2° Les exécuteurs testamentaires sont *solidairement* responsables du compte du mobilier qui leur a été confié (art. 1033).

3° Le conjoint survivant et le subrogé-tuteur, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1442, sont *solidairement* responsables du défaut d'inventaire.

4° Les différents locataires d'une maison sont *solidairement* responsables de l'incendie (art. 1734).

5° En matière de *prêt à usage*, ceux qui empruntent conjointement une même chose en sont *solidairement* responsables envers le prêteur (art. 1887).

6° Les personnes qui, ayant une affaire commune, donnent à quelqu'un mandat de la gérer, sont, envers leur mandataire, *solidairement* responsables de tous les effets du mandat (art. 2002).

7° En matière de sociétés commerciales, de lettres de change, de billets à ordre, la dette est toujours *solidaire* (art. 22, 24, 140, 187, C. comm.).

8° Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit sont tenus *solidairement* des amendes, dommages et intérêts, restitutions et frais, auxquels ils sont condamnés (art. 55, C. pén.).

Art. 1200, 1203 à 1207.

1247. — III. *Des effets ou des avantages de la solidarité de la part des débiteurs.* — Nous distinguons deux sortes de solidarité : l'une parfaite, l'autre imparfaite.

Ne faut-il pas, pour déterminer les effets de la solidarité, distinguer la solidarité parfaite de la solidarité imparfaite ?

Solidarité parfaite. — En s'obligeant solidairement, chacun des débiteurs, en même temps qu'il promet sa part, reçoit et accepte mandat de payer pour les autres, et de les représenter vis à vis du créancier (1). C'est dans ce mandat réciproque que réside le caractère particulier de la solidarité. On peut donc définir la dette solidaire : une dette unique, contractée par plusieurs personnes qui se sont associées de manière à ne faire, vis à vis du créancier, qu'une seule et même personne représentée par chacune d'elles. Cette définition contient tous les effets de la solidarité. Il en résulte :

Comment peut-on définir une dette solidaire proprement dite ?

Quelles conséquences la loi tire-t-elle du principe que les débiteurs solidaires sont mandataires et responsables les uns des autres ?

1248. — 1° Que le créancier peut, à son choix, poursuivre l'un ou l'autre des débiteurs et le poursuivre *pour le tout :* chacun des débiteurs est tenu comme s'il était seul.

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 127; Marc., t. IV, n° 593; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 20, 21.

2° Qu'il peut, après avoir poursuivi l'un des débiteurs, abandonner les poursuites commencées contre celui-ci, et agir contre les autres, ou, s'il le préfère, les poursuivre tous en même temps.

Le créancier peut-il agir contre l'un des débiteurs, après avoir commencé des poursuites contre un autre, ou, s'il le préfère, les poursuivre tous en même temps

Si la loi a cru devoir s'expliquer expressément sur ce point, c'est que, selon le vieux droit romain, dès que le créancier avait dirigé son action contre l'un des débiteurs, tous les autres étaient libérés. C'était un effet de la *litis contestatio*. L'exercice de l'action éteignait la créance originaire, en même temps qu'il donnait naissance à une créance nouvelle ; or, cette créance nouvelle, ayant son principe dans l'action même, ne pouvait exister que contre celui des débiteurs qui y était nommément désigné : d'où la libération des autres débiteurs qui n'y étaient point nommés. Cet effet de la poursuite, déjà abrogé par Justinien (1), n'a jamais été admis dans notre droit français ; mais notre Code, à l'exemple de Pothier, a dû, afin de prévenir toute espèce de doute à cet égard, réserver le droit du créancier.

Qu'était-il besoin de s'expliquer sur ce point?

Ainsi, le créancier peut poursuivre tous les débiteurs, soit *simultanément*, soit *successivement* ; il est toujours le maître de s'adresser à celui qu'il lui plaît de choisir, et d'exiger de lui le paiement intégral de la dette. Le débiteur actionné pour le tout ne peut pas refuser de payer la dette entière, sous prétexte que ses codébiteurs sont solvables comme lui : le bénéfice de division, admis dans notre vieux droit français, n'a pas été conservé pour le débiteur solidaire ; débiteur *pour le tout*, il ne se libère que par le paiement intégral de la dette.

Les codébiteurs solidaires jouissent-ils du bénéfice de division ?

1249. — Quoique tenu pour le tout, le débiteur actionné peut néanmoins appeler en cause ses codébiteurs, non pas pour faire fractionner entre eux tous la poursuite du créancier, mais afin de faire statuer, par un seul et même jugement, sur la demande du créancier, et sur la demande en garantie que le débiteur a droit de former contre ses codébiteurs. Cette demande en garantie est autorisée par l'art. 1214 du Code Napoléon ; or, tout défendeur qui a droit à garantie peut, aux termes de l'art. 183 du Code de procédure, appeler ses garants en cause (2).

Le débiteur poursuivi pour le tout peut-il appeler en cause ses codébiteurs? Dans quel but les appelle-t-il ?

1250. — 3° Que le créancier qui dirige des poursuites contre l'un des débiteurs interrompt la prescription, non pas seulement à l'égard du débiteur poursuivi, mais à l'égard de tous. Du moment, en effet, que l'un d'eux est actionné, tous sont réputés l'être, puisqu'ils sont tous mandataires ou représentants les uns des autres, à l'effet de recevoir les poursuites du créancier (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 2249).

Faut-il, pour interrompre la prescription à l'égard de tous, ou pour les mettre tous en demeure, former une demande contre chacun d'eux?

1251. — 4° Qu'il suffit de mettre en demeure l'un des débiteurs pour que tous le soient également.

(1) Voy. M. Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 64 et suiv., p. 201 et suiv.

(2) MM. Dur., t. XI, n° 215 ; Val. ; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 18 ; Marc., art. 1203.

Si la chose due périt par la faute de l'un d'eux, les autres sont-ils libérés?

1252. — 5° Que, si la chose due périt par la faute de l'un d'eux, ou, pendant sa demeure, par un cas fortuit qui ne serait pas arrivé si la chose eût été en la possession du créancier, l'obligation est conservée à l'égard de tous, en ce sens que chacun d'eux est tenu solidairement de payer, à la place de la chose qui a péri, une somme représentative de sa valeur.

Quelle différence y a-t-il entre eux et celui par la faute duquel la chose a péri?

1253. — Remarquez toutefois une différence essentielle entre le débiteur qui est en faute ou en retard, et ses codébiteurs *inculpabiles*. Le premier doit payer : 1° la valeur de la chose périe ; 2° *d'autres dommages et intérêts, s'il y a lieu*. Les seconds ne doivent que la valeur de la chose périe.

Quelle est la raison de cette différence?

On justifie ainsi cette distinction : chacun des débiteurs solidaires consent bien à rester le codébiteur ou le garant des autres, tant que la dette existe ; mais il n'entend certainement point être responsable des *extensions* que ses codébiteurs peuvent, par leur faute, donner à l'obligation. De là cette double règle : la faute ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie à ses codébiteurs *ad conservandam et perpetuandam*, mais non *ad augendam obligationem*. Lorsque la chose périt par la faute ou par suite de la demeure de l'un des débiteurs, l'obligation n'est pas éteinte : la faute du débiteur la perpétue. Son objet seul est changé : au lieu d'être tenu de payer la chose originaire, chacun des débiteurs doit payer sa valeur. Mais, s'il y a lieu de payer, outre la valeur de la chose périe, d'autres dommages et intérêts, l'obligation, quant à ces dommages et intérêts, se trouve *augmentée* : cette extension ne regarde point ceux des codébiteurs qui n'étaient ni en faute ni en demeure (1).

Si la clause pénale qui accompagne l'obligation solidaire est encourue par la faute de l'un des débiteurs solidaires, les autres sont-ils tenus de payer la somme fixée, lors même qu'elle dépasse la valeur de la chose qui a péri?

1254. — Suivrons-nous le même système au cas où les dommages et intérêts ont été fixés à l'avance au moyen d'une clause pénale? En d'autres termes, si la clause pénale est encourue par la faute de l'un des débiteurs solidaires, les autres seront-ils tenus de payer la somme fixée, lors même qu'elle est supérieure à la valeur de la chose qui a péri? Dumoulin et Pothier tenaient l'affirmative. Ils considéraient la clause pénale comme une seconde convention, accessoire à la première, et faite sous cette condition suspensive : « si la première convention n'est pas exécutée par la faute de l'un des débiteurs. » La faute de l'un des débiteurs faisait donc exister la condition sous laquelle chacun d'eux s'était obligé à payer le montant de la clause pénale.

Cette interprétation de la convention ne blessait point la règle que les codébiteurs sont garants les uns des autres, non point *ad augendam*, mais seulement *ad perpetuandam obligationem*, puisqu'en définitive chacun d'eux ne payait que la somme par lui promise.

La même solution doit être donnée sous l'empire du Code. A la vérité, nous ne trouvons point de texte précis qui l'établisse ; mais

(1) Sur l'origine de cette règle, voy. M. Demangeat, *op. cit.*, p. 374 et suiv.

nous la trouvons implicitement consacrée, d'une part, par l'article 1207, que nous expliquerons tout à l'heure, et, d'autre part, par l'art. 1232, aux termes duquel la clause pénale accessoire à une obligation *indivisible* est encourue par le fait ou la faute de l'un des débiteurs. S'il en est ainsi en matière d'obligation *indivisible, à fortiori* doit-il en être de même en matière d'obligation *solidaire :* car, ainsi que nous le verrons bientôt, les codébiteurs *solidaires* sont bien plus énergiquement tenus envers le créancier que les codébiteurs d'une chose *indivisible* (1).

La demande en justice, formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait-elle courir les intérêts contre tous?

1255. — 6° Que la demande en justice, formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait courir les intérêts, non pas seulement contre le débiteur actionné, mais contre tous.

Cette solution n'est-elle pas contraire au principe que les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres, non pas *ad augendam*, mais seulement *ad perpetuandam obligationem?*

La demande en justice *augmente* l'obligation, puisqu'elle la rend productive d'intérêts. Aussi Dumoulin et Pothier pensaient-ils qu'elle ne devait faire courir les intérêts que contre le débiteur poursuivi : autrement, disaient-ils, on violerait le principe que les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres, non point *ad augendam*, mais seulement *ad perpetuandam obligationem.* Le Code n'a pas suivi leur système. Deux raisons l'ont décidé à s'en écarter :

Pourquoi le Code l'a-t-il admise?

1° Lorsqu'une obligation a pour objet une somme d'argent, les dommages et intérêts sont fixés d'une manière invariable par la loi, tarifés par elle au 5 0/0, à compter du jour de la demande en justice (voy. le n° 1149). Le montant des dommages et intérêts étant ainsi renfermé dans des limites raisonnables, qui ne peuvent en aucun cas être dépassées, il est naturel de supposer que chacun des débiteurs a tacitement accepté le tarif de la loi *comme une clause pénale;* or, cette clause tacite doit être régie par les principes que nous avons établis, au n° 1254, sur la clause pénale expresse ;

2° Si la demande en justice n'eût fait courir les intérêts que contre le débiteur actionné, le créancier aurait eu alors intérêt à former autant de demandes qu'il aurait eu de débiteurs : de là des frais considérables dont les débiteurs eussent été victimes ! — C'est par le même motif que la loi a consacré la règle que les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription contre tous.

Quid, si les débiteurs solidaires sont obligés, l'un purement, l'autre à terme, un autre sous condition?

1256. — Il est bien entendu, au reste, que, si les débiteurs sont obligés, l'un purement et simplement, l'autre à terme, un autre sous condition..., la demande formée contre le premier ne fera courir les intérêts contre le second qu'à compter de l'échéance du terme, contre le troisième qu'à compter du jour où la condition se trouvera réalisée.

En résumé, quels avantages la solidarité

1257. — En résumé, la solidarité *parfaite* procure au créancier cinq avantages. Elle lui donne le droit :

(1) MM. Dur., t. XI, n° 371; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 21; Marc., art. 1205.

té *parfaite* procure-t-elle au créancier ?

1° De poursuivre *pour le tout* chacun des débiteurs;
2° D'interrompre la prescription à l'égard de tous ;
3° De les mettre tous en demeure ;
4° De faire courir les intérêts contre tous, *par des poursuites dirigées contre l'un d'eux seulement ;*
5° De demander la valeur de la chose qui a péri par la faute de l'un d'eux, non-seulement au débiteur qui est en faute, mais encore à ceux qui n'y sont pas.

Ne peut-il pas se faire que plusieurs personnes soient tenues *solidairement* de la même chose, sans être des codébiteurs solidaires proprement dits?

Quelles différences y a-t-il entre cette solidarité imparfaite et la solidarité parfaite?

1258. — *Solidarité imparfaite.* — Il arrive souvent que plusieurs personnes sont tenues *solidairement*, *quoiqu'elles ne soient point des codébiteurs solidaires proprement dits*. De même que, dans la solidarité parfaite, le créancier a le droit de poursuivre chacun des débiteurs *pour le tout*, de même, dans la solidarité imparfaite, chacun des débiteurs peut être contraint de payer la dette entière ; mais là s'arrête le droit du créancier. Il n'existe, en effet, aucun lien, aucune association, entre les débiteurs qui ne sont tenus que d'une solidarité *imparfaite ;* ils ne sont point mandataires ou représentants les uns des autres, ni à l'effet de recevoir les poursuites du créancier ni à l'effet de perpétuer l'obligation. Il en résulte : 1° que la poursuite dirigée contre l'un d'eux seulement n'interrompt point la prescription à l'égard des autres ; — 2° que la sommation ou tout autre acte équivalent, par lequel le créancier met l'un des débiteurs en demeure, n'a point d'effet à l'égard des autres ; — 3° que la demande judiciaire qui n'est point formée contre chacun d'eux ne fait courir les intérêts que contre le débiteur actionné ; — 4° que, si la chose périt par la faute de l'un d'eux, les autres sont libérés.

Dans quels cas la solidarité parfaite a-t-elle lieu?

Dans quels cas la solidarité imparfaite?

1259. — Mais dans quels cas la solidarité *parfaite* a-t-elle lieu ? dans quels cas la solidarité *imparfaite ?* Le Code ne nous donne aucune règle sur ce point. Voici, je crois, comment on peut systématiser la distinction à faire entre ces deux solidarités.

Lorsque la solidarité existe entre plusieurs personnes qui se sont réunies, associées pour s'obliger ensemble, ou, plus généralement, qui se sont choisies, la solidarité est *parfaite*. Les codébiteurs se connaissant tous, et, comme ils ont entre eux des rapports journaliers d'affaires, il est naturel de supposer qu'en acceptant la clause de solidarité, ils ont consenti à ne faire, à l'égard du créancier, qu'une seule et même personne représentée par chacun d'eux. On conçoit alors qu'ils soient représentants les uns des autres à l'effet de recevoir les poursuites du créancier, et qu'en conséquence chacun d'eux soit réputé actionné, par cela seul que l'un d'eux l'a été. Cette fiction n'a, en effet, rien de dangereux : les codébiteurs ayant entre eux des rapports très-fréquents, dès que l'un d'eux sera poursuivi, les autres en seront presque aussitôt avertis, et par conséquent, mis en demeure d'exécuter l'obligation.

1260. — Ainsi, la solidarité est toujours parfaite lorsqu'elle est *conventionnelle.*

Que si elle est *légale*, elle est *parfaite* encore lorsqu'elle existe entre plusieurs personnes unies par un intérêt commun, qui ont entre elles des rapports fréquents, qui se connaissent : par exemple, entre la femme tutrice et son nouvel époux (art. 395 et 396), entre les exécuteurs testamentaires (art. 1033), entre plusieurs emprunteurs à usage de la même chose (art. 1887), ou enfin entre co-mandants (art. 2002).

Elle est *imparfaite*, au contraire, lorsque la loi l'établit entre personnes qui ne se connaissent point, qui ne sont qu'accidentellement *codébiteurs*, qui n'ont entre elles que des rapports fort rares. Ainsi, les différents locataires d'une maison incendiée (art. 1734) sont tenus *solidairement*, en ce sens seulement que chacun peut être actionné *pour le tout;* mais *ils ne sont point représentants* les uns des autres. Un tel mandat ne saurait, en effet, se supposer entre personnes qui peut-être ne se sont jamais vues, qui peut-être ne se verront jamais. — J'en dis autant de la solidarité qui existe soit entre les signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, soit entre personnes qui ont été condamnées pour un même crime ou pour un même délit.

— Ainsi, plusieurs personnes peuvent être tenues *solidairement* sans être pour cela *de véritables débiteurs solidaires* (1).

Nous verrons, en outre, 1° que les débiteurs d'une chose *indivisible* ne sont point de véritables débiteurs solidaires, bien que chacun d'eux puisse être poursuivi *solidairement*, je veux dire pour le tout (voy. les nos 1300 et 1301) ; — 2° qu'il n'existe point de solidarité entre les cautions d'une même dette, bien que chacune d'elles puisse être actionnée pour le tout (voy. l'explic. des articles 2025 et 2026).

Art. 1208.

Quelles exceptions le débiteur solidaire peut-il opposer au créancier ?

Qu'entend-on ici par *exceptions?*

Comment le Code les divise-t-il?

1261. — IV. *Des exceptions qu'un débiteur solidaire, quand il est actionné, peut opposer au créancier.* — J'entends ici par *exceptions* tous les moyens propres à combattre, à repousser la prétention du demandeur.

Le Code distingue trois espèces d'exceptions : 1° les exceptions qui résultent *de la nature de l'obligation;* 2° les exceptions *personnelles* à l'un des codébiteurs solidaires ; 3° les exceptions *communes.*

Quelles sont les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation?

Pourquoi les appelle-t-on *réelles?*

Qui peut les invoquer ?

1262. — 1° *Exceptions qui résultent de la nature de l'obligation.* — Ce sont celles qui sont fondées sur *l'inexistence ou la nullité de la dette*, qui consistent, par exemple, à soutenir que l'obligation est nulle, soit parce qu'elle manque de cause ou d'objet, soit parce que sa cause est illicite, soit enfin parce que les solennités nécessaires à sa validité n'ont pas été observées.

On les appelle *réelles*, parce que, portant sur la dette elle-même, elles sont absolues, c'est-à-dire *opposables par tous les débiteurs.* Ainsi, les exceptions qui résultent *de la nature* de l'obligation sont

(1) Une distinction analogue existait déjà en droit romain. Voy. M. Demangeat, *op. cit.*, p. 172 et suiv.

des exceptions *communes :* chacun des codébiteurs peut, quand il est poursuivi, les opposer au créancier.

Que faut-il entendre par exceptions *personnelles?*

1263. — 2° *Exceptions personnelles.* — Ce sont celles qui sont tirées d'une cause propre à l'un des codébiteurs et, par exemple, soit de sa minorité ou de son interdiction, soit d'un vice de violence, de dol ou d'erreur, dont son consentement est entaché, soit enfin d'une condition ou d'un terme stipulé exclusivement à son profit. Elles peuvent être invoquées *pour le tout* par celui des codébiteurs auquel elles appartiennent. Ainsi, lorsque parmi les débiteurs il en existe un qui s'est obligé pendant qu'il était mineur, ou qui a été violenté, ou enfin qui a stipulé un terme non encore échu, ou une condition non encore réalisée, ce débiteur peut se défendre pour le tout, en opposant sa minorité, le vice dont son consentement est entaché, le bénéfice du terme ou de la condition.

Peuvent-elles être invoquées par les autres débiteurs, dans la limite de la part que doit supporter dans la dette celui d'entre eux auquel elles sont personnelles?

Ne faut-il pas distinguer à cet égard?

Si le créancier s'adresse aux autres débiteurs, ceux-ci ne peuvent pas, bien évidemment, repousser sa demande *pour le tout*, en invoquant l'exception dont leur codébiteur peut se couvrir. Mais ne le peuvent-ils pas, au moins, jusqu'à concurrence de la part qu'il doit supporter dans la dette, ou qu'il devrait supporter s'il était valablement obligé? Il faut, à cet égard, user de distinctions. Soient, par exemple, quatre débiteurs solidaires, dont l'un a été *violenté*, victime d'un *dol* ou d'une *erreur*. Les trois autres ont-ils connu, en contractant, le vice dont le consentement de leur codébiteur était entaché : ils sont tenus de payer *toute la dette*. L'exception tirée de la violence, du dol ou de l'erreur, est alors *personnelle à leur codébiteur :* elle ne peut être invoquée que par lui. L'ont-ils, au contraire, ignoré : ils ne sont tenus de la dette que déduction faite de la part de leur codébiteur. «Nous avons pensé, en contractant, peuvent-ils dire, que nous serions quatre pour supporter le fardeau de la dette, et qu'en conséquence, chacun de nous n'en supporterait qu'*un quart*. Le consentement de l'un de nous ayant été vicié, celui-ci est déchargé du quart qu'il devait supporter ; mais ce quart ne doit pas retomber à notre charge : autrement nous serions victimes de notre erreur.» Dans cette hypothèse, ils n'invoquent pas, à proprement parler, l'exception qui appartient à leur codébiteur, ils invoquent une exception qui leur est personnelle, l'erreur dans laquelle ils ont été en contractant (voy., à ce sujet, au t. III, les nos 1124 et 1125).

Qu'on suppose, maintenant, que l'un des quatre débiteurs était *mineur* ou *interdit* quand il a contracté : l'exception tirée de son incapacité lui est personnelle ; lui seul peut l'invoquer. Ses codébiteurs sont alors tenus de payer toute la dette. C'est vainement qu'ils offriraient de prouver qu'ils ont ignoré que leur codébiteur était mineur ou interdit. Cette preuve n'est pas admissible : car, les actes de l'état civil fournissant un moyen facile de connaître l'état des personnes avec lesquelles on se met en relation d'affaires, *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.*

Quid, si l'un des

Enfin, si l'un des débiteurs a, *par une clause insérée au contrat*,

stipulé, dans son intérêt exclusif, un terme ou une condition, l'exception tirée du bénéfice du terme ou de la condition lui est encore purement personnelle : lui seul peut l'invoquer. — Toutefois, si le terme lui avait été accordé après coup, à l'insu de ses codébiteurs, et sans leur consentement, ceux-ci pourraient l'invoquer jusqu'à concurrence de sa part : car, s'ils étaient obligés de payer toute la dette, ils recourraient *immédiatement* contre leur codébiteur, qui se trouverait ainsi privé du bénéfice du terme.

débiteurs a stipulé un terme? Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

1264. — 3° *Exceptions communes.* — Il s'agit ici d'exceptions qui, bien qu'elles ne résultent point de *la nature de l'obligation*, sont néanmoins communes à tous les débiteurs. Ce sont celles qui sont fondées sur une cause légitime d'*extinction de la dette*. — Toutefois, parmi les exceptions tirées de cette source, il en est quelques-unes qui sont *personnelles* à l'un des codébiteurs, et qui ne profitent aux autres que jusqu'à concurrence de la part de celui à qui elles appartiennent; il en est même qui sont *purement personnelles* à l'un des débiteurs, c'est-à-dire qui ne peuvent même pas être invoquées par les autres pour la part de celui dans la personne duquel elles sont nées. Examinons les différents cas prévus par le Code.

Quelles sont les exceptions qui sont *communes*, bien qu'elles ne résultent point de la nature de l'obligation?

Paiement de la dette par l'un des débiteurs. — L'exception tirée du paiement est commune à tous : car, dès que la créance est éteinte, personne n'est plus débiteur.

Quid, du paiement fait par l'un des débiteurs?

Prescription de la dette. — La créance étant éteinte, tous les débiteurs sont libérés : l'exception tirée de la prescription est donc commune à tous.

Quid, de la prescription de la dette?

1265. — *Compensation.* — Soit une somme de 6,000 fr. due solidairement par *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. *Primus* succède à une personne à laquelle le créancier doit 6,000 fr.: voilà, par conséquent, l'un des débiteurs devenu créancier de son créancier, ce qui constitue l'hypothèse de l'extinction de la dette par la compensation (art. 1289). Si le créancier s'adresse à celui des débiteurs qui est devenu son créancier, celui-ci peut lui opposer la compensation. Mais, s'il s'adresse aux autres, ceux-ci peuvent-ils également l'invoquer ? On distingue. Si le créancier s'est d'abord adressé à celui des débiteurs qui est devenu son créancier et que celui-ci lui ait opposé la compensation, tous les débiteurs sont libérés : car, le créancier ayant cessé de l'être (il ne l'est plus, puisqu'il a reçu, en paiement de sa créance, la libération de la dette dont il était tenu), il est évident que personne n'est plus débiteur. Ainsi, la compensation *qui a été opposée au créancier par le débiteur du chef duquel elle s'est opérée* peut être invoquée par chacun des autres codébiteurs : c'est une exception *commune*.

De la compensation opérée dans la personne de l'un des débiteurs? Ne faut-il pas, sur ce cas, faire une distinction?

Que si, au contraire, le créancier s'adresse directement aux autres débiteurs, ceux-ci ne peuvent pas l'invoquer. — Cette solution semble contraire aux principes. En effet, dès qu'un débiteur devient lui-même créancier du créancier, les deux créances sont, *de plein droit*, éteintes par l'effet de la compensation (ar-

Pourquoi la compensation opérée dans la personne de l'un des débiteurs ne peut-elle pas être invoquée par les autres?

ticle 1290) : chaque créancier reçoit en paiement la libération de la dette dont il est tenu envers l'autre. Aussi dit-on : *compensatio est instar solutionis*. Or, si la compensation produit le même effet qu'un paiement, d'où vient qu'elle ne libère point les codébiteurs de celui du chef duquel elle s'est opérée?

Deux raisons en ont été données :

1° Si un débiteur solidaire pouvait opposer la compensation du chef de son codébiteur, celui-ci serait souvent engagé dans des procès désagréables relativement à sa créance et à la question de savoir si elle est ou non susceptible d'être opposée en compensation : c'eût été permettre, en quelque sorte, à chacun des débiteurs, ce qui eût entraîné de bien graves inconvénients, de s'immiscer dans les affaires de ses codébiteurs;

2° Lorsqu'il existe plusieurs codébiteurs solidaires, chacun d'eux est exposé à un danger, *celui de l'avance*. Le débiteur qui est actionné par le créancier et obligé de payer pour tous, n'est pas sûr de rentrer dans les fonds qu'il emploie à leur libération : car le recours qu'il a contre eux peut devenir inefficace, puisqu'ils peuvent devenir insolvables. Lequel d'entre eux sera donc forcé de faire l'avance? Ce sera celui que le créancier choisira! Or, le débiteur auquel il s'adresse ne doit pas pouvoir échapper au péril de l'avance en le rejetant sur un autre que le créancier ne poursuit point, et c'est cependant ce qui arriverait s'il pouvait opposer la compensation qui s'est opérée du chef de l'un de ses codébiteurs.

Peuvent ils l'invoquer jusqu'à concurrence de la part que doit supporter dans la dette celui des débiteurs du chef duquel elle existe?

1266. — Mais, s'il ne peut pas l'opposer *pour le tout*, ne le peut-il pas au moins jusqu'à concurrence de la part que doit supporter dans la dette celui des débiteurs du chef duquel elle s'est opérée? Je ne le pense point. L'art. 1294 est formel; sa prohibition est absolue. La première raison que j'ai donnée à l'appui du système qu'il consacre est d'ailleurs la même, soit qu'il s'agisse de la compensation opposée *pour le tout*, soit qu'il s'agisse d'une compensation opposée *pour partie* seulement (1).

Art. 1209.

Qu'arrive-t il lorsque l'un des débiteurs solidaires succède au créancier, ou que le créancier succède à l'un d'eux?

1267. — *Confusion.* — La confusion est la réunion, dans une même personne, des qualités de débiteur et de créancier d'une même dette. Lorsque cette confusion a lieu, la dette et la créance sont éteintes : car on ne peut être ni créancier ni débiteur de soi-même. Si donc l'un des débiteurs devient héritier du créancier, ou réciproquement, une confusion s'opère, qui éteint la créance et la dette jusqu'à concurrence de la part et portion du codébiteur devenu l'héritier du créancier, ou auquel le créancier a succédé. Soit une somme de 12,000 fr., due solidairement par *Primus, Secundus, Tertius* et *Quartus; Primus* devient l'héritier *unique* du créancier : la dette solidaire est éteinte jusqu'à concurrence du

(1) MM. Val.; Demangeat, p. 270 et suiv. — *Contrà*, MM. Dur., t. XII, nos 429 et 430; Marc., art. 1208 et 1294; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 19 et 20.

quart que *Primus* devait supporter dans la dette ; elle subsiste pour le surplus. *Primus* peut, par conséquent, réclamer 9,000 fr., et les réclamer solidairement de l'un ou de l'autre de ses codébiteurs. Il est obligé de déduire sa part : car, s'il poursuivait pour le tout l'un de ses codébiteurs, celui-ci pourrait recourir contre lui pour la répéter : il est bien plus naturel qu'il la déduise. — Le résultat est absolument le même si c'est le créancier qui devient l'héritier *unique* de l'un des débiteurs (art. 1300 et 1301).

1268. — Si l'un des débiteurs succède au créancier, ou, réciproquement, si le créancier succède à l'un des débiteurs, *en concours avec d'autres héritiers*, le calcul est un peu plus compliqué, mais il se régit par le même principe.

La remise de la dette, faite à l'un des débiteurs, profite-t-elle aux autres? Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1269. — *Remise de la dette et remise de la solidarité.* — 1° *Remise de la dette.* — Si elle est *absolue*, c'est-à-dire si le créancier a renoncé purement et simplement à sa créance sans en retenir aucune portion, chacun des débiteurs est libéré : l'exception qui résulte de cette remise est commune à tous. Si la remise est *relative*, c'est-à-dire si le créancier renonce à sa créance dans l'intérêt de l'un des débiteurs seulement, cette remise est personnelle à celui dans l'intérêt duquel elle a été faite. Elle profite cependant à ses codébiteurs, jusqu'à concurrence de la part qu'il doit supporter dans la dette : autrement, elle ne lui profiterait pas à lui-même, car le paiement de *toute la dette* par ses codébiteurs l'exposerait à leur recours.

Lorsque la remise de la dette est restreinte à la personne du débiteur qui l'a obtenue, elle profite aux autres jusqu'à concurrence de *sa part :* quelle est cette part?

Mais quelle est cette part qui doit être déduite? est-ce la part *virile*, c'est-à-dire celle qui est déterminée eu égard au nombre des débiteurs, *pro numero virorum*, ou bien la part *réelle*, c'est-à-dire celle qui est déterminée eu égard à l'intérêt qu'avait dans la dette le débiteur qui a obtenu la remise? *Primus*, *Secundus* et *Tertius* empruntent solidairement 12,000 fr.; 6,000 fr. sont attribués à *Primus*, 4,000 à *Secundus*, 2,000 à *Tertius;* le créancier fait remise de la dette à *Primus* seulement, se réservant son droit contre les autres débiteurs : quel est l'effet de cette remise? quelle part doit être déduite de la créance? est-ce la part *virile* de *Primus*, c'est-à-dire 4,000 fr., ou sa part *réelle*, c'est-à-dire 6,000 fr.? La question se résout par une distinction :

Si le créancier connaissait les relations existant entre les débiteurs, la portion que chacun d'eux a prise dans la somme prêtée, c'est la part *réelle* qui doit être déduite.

C'est, au contraire, la part *virile* qui doit l'être s'il a ignoré ces relations, cette inégalité des parts : car alors il a dû présumer qu'ils étaient tous *également obligés*, que chacun d'eux avait pris dans l'emprunt une part égale (arg. d'anal. tiré de l'art. 1863). — Mais, bien entendu, soit que le créancier connaisse, soit qu'il ignore l'inégalité des parts, si la part *virile* est plus forte que la part *réelle* de celui à qui la remise est faite, la remise n'a d'effet que dans la limite de la part *réelle :* car la remise de la dette, ayant été faite dans l'intérêt exclusif de celui qui l'a obtenue, ne peut pro-

fiter aux autres que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle ils auraient recours contre lui s'ils étaient obligés de payer toute la dette (M. Val.).

Dans quels cas la remise de la dette, faite à l'un des débiteurs, est-elle *absolue*?

1270. — La remise de la dette est *absolue*, elle profite à tous et à chacun pour le tout : 1° lorsque le créancier l'a déclaré expressément ; 2° lorsqu'il a abandonné son titre à l'un des débiteurs : car, s'il renonce à tout moyen de preuve, c'est qu'il renonce absolument à sa créance (voy. les nos 1425 et 1432).

Si le créancier fait remise de la dette à l'un des débiteurs, sans faire aucune réserve contre les autres, la remise est-elle *absolue*?

Mais que décider si, traitant avec l'un des débiteurs, le créancier, tout en conservant par devers lui les titres de sa créance, déclare lui *faire remise de la dette?* La loi a prévu le cas : elle présume que le créancier a renoncé *absolument* à sa créance. Si donc le créancier n'entend faire qu'une remise *relative*, c'est à lui à s'en expliquer formellement par une réserve expresse de sa créance contre les autres débiteurs : à défaut de cette réserve, la remise est *absolue*, elle profite à tous (art. 1285). — Est-ce juste? Non, certainement! Pourquoi, en effet, supposer que le créancier qui fait remise à l'un des débiteurs seulement a entendu faire remise à tous? Il est possible que telle ait été son intention, mais le contraire aussi est possible; or, *les libéralités ne se présument point!* Le doute aurait donc dû être interprété dans le sens de la libéralité la plus restreinte. Cette interprétation eût été d'autant plus raisonnable qu'il est assez naturel de supposer que le créancier qui conserve les titres de sa créance entend la conserver elle-même (voy., à ce sujet, le n° 1272).

Art. 1210.

Le créancier ne peut-il pas faire remise de la *solidarité* sans faire remise de la *dette*?

Cette remise peut-elle être *absolue* ou *relative* seulement?

1271. — 2° *Remise de la* SOLIDARITÉ. — Il s'agit ici de la remise, non plus de la *dette elle-même*, mais de la *modalité* en vertu de laquelle chaque débiteur est le mandataire des autres, à l'effet de payer toute la dette et de recevoir les poursuites du créancier.

Cette remise peut être *absolue* ou *seulement relative*. Elle est *absolue* quand le créancier renonce à la solidarité dans l'intérêt de tous les débiteurs; elle est *relative* lorsqu'il y renonce dans l'intérêt de l'un d'eux seulement.

Quel est son effet lorsqu'elle est *absolue*?

Lorsqu'elle est *absolue*, les choses se passent comme entre débiteurs conjoints : chacun d'eux ne doit que sa part, et aucun lien, aucun mandat, n'existe entre eux. Il y a alors autant de dettes distinctes et séparées qu'il y a de débiteurs.

Lorsqu'elle est *relative*?

Lorsqu'elle est *relative*, le débiteur dans l'intérêt duquel elle a été faite n'est plus tenu que *de sa part;* aucun lien n'existe plus entre lui et ses anciens codébiteurs : il ne les représente plus, et il n'est plus représenté par eux. Ainsi, par exemple, les poursuites dirigées contre lui n'interrompent point la prescription contre les autres débiteurs, et, réciproquement, les poursuites dirigées contre les autres débiteurs ne l'interrompent point contre lui.

La remise *relative* profite aux codébiteurs de celui qui l'a obtenue, jusqu'à concurrence de la part de ce dernier : le créancier conserve bien contre eux sa créance solidaire, mais sous la déduction de la part (*virile* ou *réelle*, suivant la distinction qui a été faite

sous le n° 1269) du débiteur dans l'intérêt duquel il a renoncé à la solidarité.

La remise de la *solidarité*, faite à l'un des débiteurs, sans aucune réserve contre les autres, est-elle *absolue* comme la remise de la *dette*?

1272. — La remise de la *dette*, quoique faite à *l'un* des débiteurs solidaires, est absolue : elle les libère *tous*, *si le créancier n'a pas pris soin de réserver expressément* sa créance contre les autres débiteurs (voy. le n° 1269). Il n'en est pas de même de la remise de la *solidarité*. Lorsqu'elle est faite à l'*un* des débiteurs, elle est *relative*, et ne profite qu'au débiteur qui l'a obtenue, *si le créancier n'a pas* EXPRESSÉMENT *renoncé, dans l'intérêt de tous, au bénéfice de la solidarité*. Cette solution est bien préférable à la première; elle est conforme aux véritables principes. Les libéralités ne se présumant point, la loi n'a pas dû présumer que le créancier qui traite avec l'un des débiteurs solidaires seulement, et qui lui fait remise de la solidarité, a entendu accorder la même faveur à tous. — Mais pourquoi le Code a-t-il, sur la même question, deux solutions si opposées? C'est qu'il les a puisées à deux sources différentes : la première est tirée de la doctrine subtile et rigoureuse de l'*acceptilation* romaine, tandis que la seconde a été empruntée à la législation du préteur sur le *pacte* de remise (1).

D'où vient cette différence entre la remise de la *solidarité* et la remise de la *dette*?

Le créancier qui fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs peut-il se réserver le droit de poursuivre *pour le tout* les autres débiteurs?

1273. — Le créancier qui fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs peut-il valablement se réserver, par une clause expresse, le droit de poursuivre pour le tout, et sans aucune déduction, les autres débiteurs ? Il ne le peut point : car cette réserve nuirait à chacun des autres débiteurs, elle empirerait leur position. On sait, en effet, que chacun des débiteurs court un danger, le risque d'être obligé de payer pour les autres, de faire l'avance. Lorsqu'ils sont trois, chacun d'eux a *deux* chances contre *une* que le créancier ne s'adressera pas à lui. Si le créancier pouvait décharger de la solidarité l'un des trois débiteurs et conserver intact son droit contre les deux autres, ceux-ci n'auraient plus chacun qu'*une* chance; or, le créancier ne peut pas, par son fait, rendre, pour chacun d'eux, la créance plus dure qu'elle n'est (M. Val.).

Art. 1211.

Comment peut être faite la remise de la solidarité ?

Dans quel cas est-elle *tacite*? en d'autres termes, quels sont les faits qui la font présumer ?

1274. — La remise *relative* de la solidarité peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est *tacite* dans les cas suivants :

1° Lorsque le créancier, recevant un paiement *partiel*, donne quittance en ces termes : « J'ai reçu d'un tel la somme de..., *pour sa part* dans la dette... »

Il en est différemment dans le cas où la quittance ne contient point les mots *pour sa part*, ou lorsque, les contenant, elle porte réserve expresse de la solidarité. Ainsi, la quittance n'emporte point remise de la solidarité, lorsqu'elle est conçue en ces termes : « J'ai reçu d'un tel, sur la somme qui m'est due solidairement par..., la somme de... » Ou bien encore : « J'ai reçu d'un tel la somme de... *pour sa part* dans la dette, mais sous toute réserve de mon droit de solidarité. »

2° Lorsque, le créancier ayant poursuivi l'un des débiteurs *pour*

(1) MM. Bug.; *sur Poth.*, t. II, p. 121 ; Val.

sa part, le débiteur actionné a déclaré acquiescer à cette demande, ou lorsque, sur la même demande, il est intervenu un jugement de condamnation. Créancier, avec solidarité, de 900 fr. contre *Primus*, *Secundus* et *Tertius* j'assigne *Primus* en paiement *de sa part* des 900 fr. : cette assignation n'emporte pas de plein droit remise de la solidarité, mais elle contient une offre de remise. Si *Primus* acquiesce à ma demande, la remise existe alors : car elle a été offerte et acceptée. Si *Primus* résiste, la remise n'existe qu'à partir du jour où il est intervenu contre lui un jugement de condamnation : car ce n'est qu'à partir de ce moment que s'est formé entre lui et moi le contrat judiciaire qui nous lie l'un et l'autre. — Jusqu'à l'acquiescement ou jusqu'au jugement, je puis retirer mon offre et former contre le débiteur une demande *pour le tout*.

1275. — Lorsque le débiteur que j'ai poursuivi *pour sa part* acquiesce à ma demande, la remise existe alors, je suis lié irrévocablement. Lorsqu'un jugement de condamnation intervient sur ma demande, je suis lié sans doute ; mais, si le jugement vient à tomber, soit sur appel, soit sur opposition, soit sur pourvoi en cassation ou requête civile, je redeviens maître de retirer mon offre : car, tout étant remis en question, le contrat judiciaire contenu dans le jugement se trouve anéanti.

Art. 1212

Quid, lorsque le créancier reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des débiteurs dans les intérêts ou arrérages de la dette ?

1276. — Tout ce que j'ai dit de la remise de la solidarité quant au *capital* s'applique également à la remise de la solidarité quant aux *intérêts et arrérages*. Ainsi, il y a remise tacite de la solidarité, quant aux intérêts, lorsque le créancier accepte de l'un des débiteurs un paiement partiel des intérêts échus, et que la quittance porte que le débiteur a payé *sa part* d'intérêts. Mais cette remise est restreinte aux intérêts échus ou plutôt à ceux que le débiteur a été admis à payer pour sa part. La solidarité continue donc d'exister et quant aux intérêts à échoir et quant au capital : *nemo facilè præsumitur donare*. — Toutefois, si l'un des débiteurs a été admis pendant dix ans à payer, chaque année, *sa part* des intérêts échus, ce débiteur est alors déchargé de la solidarité, non-seulement quant aux intérêts qu'il a été admis à payer pour sa part, mais encore quant aux intérêts à échoir, et quant au capital. C'est un troisième cas de remise *tacite*.

Quid, si l'un des débiteurs a été admis, pendant dix ans, à payer chaque année *sa part* des intérêts échus ?

Art. 1213 à 1216.

Celui des débiteurs qui a payé la dette entière n'a-t-il pas recours contre les autres ?

Pour combien ?

1277. — V. *Des recours des codébiteurs solidaires entre eux*. — Celui des débiteurs qui paie la dette entière paie tout à la fois sa portion et celle des autres : de là pour lui le droit de recourir contre eux, à l'effet de recouvrer les fonds qu'il a employés à leur libération.

Il peut demander à chacun d'eux sa part et portion ; cette part est déterminée par l'intérêt que chacun a eu dans la cause de la dette. Soit une somme de 12,000 fr., empruntée par *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. Ont-ils employé cette somme à une affaire commune, l'ont-ils partagée entre eux par égales portions : celui qui a payé la dette entière peut réclamer à chacun des deux autres un tiers de la dette, ou 4,000 fr. L'ont-ils, au contraire, partagée par

portions inégales ; *Primus* a-t-il pris, par exemple, dans la somme empruntée, 6,000 fr., *Secundus* 4,000 fr., et *Tertius* 2,000 fr. : chacun d'eux doit supporter la dette, au prorata de l'intérêt qu'il a eu dans l'emprunt : si *Primus* paie, il réclamera 4,000 fr. à *Secundus*, 2,000 fr. à *Tertius;* si c'est *Tertius* qui paie, il demandera 6,000 fr. à *Primus*, 4,000 fr. à *Secundus*...

Quid, si l'un de ceux contre lesquels il exerce son recours est insolvable ?

1278. — Si l'un des débiteurs est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité ne doit pas être supportée exclusivement par celui qui a payé le créancier, et qui, par suite de ce paiement, exerce un recours contre ses codébiteurs. L'équité commande et la loi ordonne que cette perte soit supportée par tous proportionnellement à la part et portion que chacun d'eux doit supporter dans la dette.

Celui d'entre eux auquel le créancier a fait remise de la dette ou de la solidarité doit-il contribuer à la perte résultant de cette insolvabilité ?

La perte résultant de l'insolvabilité de l'un des débiteurs est supportée même par celui des codébiteurs solidaires auquel le créancier avait fait remise de la *dette* ou de la *solidarité* : cette remise, en effet, n'a pas pu empirer la position des autres codébiteurs en détruisant les rapports existant entre eux et celui qui l'a obtenue. Mais ce dernier, étant ainsi indirectement forcé de payer une portion de la dette, a un recours contre le créancier, qui doit, en définitive, supporter toutes les conséquences de la remise qu'il a faite.

Ne peut-il point se faire que celui qui a payé toute la dette n'ait aucun recours à exercer contre ses codébiteurs? et, réciproquement, que celui qui a payé puisse recourir pour le tout contre l'un de ses codébiteurs ?

1279. — Il se peut que la dette ait été contractée dans l'intérêt *d'un seul* des débiteurs : dans ce cas, ses codébiteurs, bien qu'ils soient de véritables débiteurs solidaires dans leurs rapports avec le créancier, ne sont, dans leurs rapports avec lui, que des *cautions* ordinaires. Lorsqu'il paie lui-même la dette, il n'a rien à demander à ses codébiteurs. Lorsque l'un d'eux paie, il peut recourir contre lui pour le tout, et, s'il est insolvable, contre ses codébiteurs, chacun pour sa part virile (art. 2033).

Par quelles actions le débiteur qui a payé toute la dette peut-il exercer son recours ?

1280. — VI. *Des actions par lesquelles le débiteur qui a payé exerce son recours contre ses codébiteurs.* — Deux actions lui compètent : 1° une action qui naît dans sa personne, une action de *mandat;* 2° l'action du créancier, avec tous ses accessoires, gages, priviléges ou hypothèques : cette action lui est acquise en vertu d'une subrogation légale dont le principe est écrit dans l'art. 1251-3° (voy. les nos 1353 et 1373).

S'il exerce l'action du créancier originaire, peut-il l'exercer de la même manière que celui-ci aurait pu le faire ?

Le codébiteur qui a payé la dette, et qui exerce contre ses codébiteurs l'action qu'avait contre eux le créancier auquel il est subrogé, peut-il l'exercer comme l'aurait pu faire celui-ci, c'est-à-dire *pour le tout* contre l'un ou l'autre de ses codébiteurs, mais bien entendu sa part déduite? A ne consulter que la logique des principes, l'affirmative n'est pas douteuse : subrogé au créancier originaire, il doit pouvoir faire tout ce qui était permis à ce dernier. La loi cependant n'a pas suivi ce système; elle a pensé qu'il était contraire à la nature des relations existant entre les codébiteurs, relations de confraternité, d'amitié et de bienveillance, qui seraient blessées si celui qui a payé la dette recourait pour le tout,

sa part déduite, contre l'un ou l'autre de ses codébiteurs, et ainsi de suite jusqu'au dernier. Elle a donc décidé que l'action de l'ancien créancier ne peut être exercée par le débiteur subrogé que dans la limite de l'action qu'il a de son chef contre chacun de ses codébiteurs. Telle est l'idée qu'elle veut exprimer, lorsqu'elle dit dans l'art. 1213 : « L'obligation contractée solidairement envers le créancier se *divise*, de plein droit, entre tous les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion. »

27e *Répétition.*

SECTION V. — DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

Art. 1220, 1222 à 1224.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer si une dette est *divisible* ou *indivisible* ?

1281.—I. *De l'intérêt qu'il y a à distinguer si une dette est divisible ou indivisible.* — Lorsqu'il n'existe qu'un *seul* débiteur et un *seul* créancier, cette distinction est sans intérêt. En effet, aux termes des art. 1220 et 1244, l'obligation *divisible* doit être exécutée comme si elle était *indivisible* : le débiteur n'a pas le droit de se libérer en plusieurs fois. Mais, si nous supposons que la dette a été contractée soit par plusieurs, soit au profit de plusieurs personnes, ou, ce qui revient au même, que le débiteur ou que le créancier est mort en laissant plusieurs héritiers, il importe alors de savoir si la dette est divisible ou si elle ne l'est pas. Dans le premier cas, la dette ou la créance se divise de plein droit : chacun des débiteurs n'est tenu que pour une part et portion de la dette ; chacun des créanciers n'a droit qu'à une portion de la créance (art. 1220). Dans le second, au contraire, chacun des débiteurs peut être poursuivi, de même que chacun des créanciers peut poursuivre, *pour le tout* (art. 1222 à 1224).

Art. 1217, 1218 et 1221.

Toute obligation n'est-elle pas, lorsqu'on la considère en elle-même, *indivisible* ?

A quel point de vue faut-il donc se placer pour comprendre la théorie de *la divisibilité* et de *l'indivisibilité* ?

N'est-ce pas d'après la nature de *l'objet* de l'obligation qu'on peut dire qu'elle est divisible ou indivisible ?

Qu'est-ce donc qu'une obligation divisible ?

Une obligation indivisible ?

1282. — II. *Définition des obligations divisibles et indivisibles.— Différentes espèces de divisibilité et d'indivisibilité.* —Toute obligation, considérée en elle-même comme *vinculum juris*, est indivisible, et non susceptible de parties : ce n'est donc pas à ce point de vue qu'il faut se placer pour comprendre la théorie de la divisibilité et de l'indivisibilité. Ce n'est, en effet, qu'au point de vue de l'*objet* des obligations qu'on peut dire qu'elles sont divisibles ou indivisibles. « L'obligation, dit l'art. 1217, est divisible ou indivisible suivant 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 *matérielle* ou *intellectuelle*. »

Vous m'avez promis de me faire avoir une servitude de passage sur le champ de mon voisin : votre obligation est indivisible, car la chose qu'elle a pour objet ne peut pas être livrée par parties.

Vous vous êtes engagé à faire pour moi un voyage : votre obligation est encore indivisible, car le fait qu'elle a pour objet n'est pas susceptible d'être accompli par parties.

Vous me devez une somme d'argent : votre obligation est divisible, puisque la chose qu'elle a pour objet est susceptible d'être livrée par parties.

Vous m'avez promis de labourer mon champ : le fait que vous devez accomplir peut l'être par parties, votre obligation est divisible.

1283. — Pothier distingue trois espèces de divisibilité ; et, en effet, il existe :

Combien reconnaît-on d'espèces de *divisibilité*?

Qu'est-ce que la *divisibilité matérielle*? *intellectuelle*?

1° Des choses qui peuvent être divisées en parties physiquement et réellement séparées les unes des autres, comme une somme d'argent qu'on fractionne en plusieurs petites sommes, une planche qu'on coupe en deux ;

2° Des choses qui sont susceptibles de parties, non point moléculairement séparées les unes des autres, mais indiquées par un signe matériel, telles qu'une prairie qui peut être partagée en plusieurs parties au moyen d'un signe indicateur, par exemple, d'une borne ou d'un fossé ;

3° Des choses qui ne sont susceptibles ni de parties moléculairement séparées les unes des autres, ni de parties indiquées par un signe matériel, mais qui sont susceptibles de parties *civiles*, en ce sens qu'elles peuvent appartenir fractionnellement à plusieurs personnes, comme un cheval qui peut appartenir, par exemple, à trois personnes, à chacune *pour un tiers*.

Les deux premières espèces de divisibilité s'appellent *matérielles* ; la dernière s'appelle *intellectuelle*.

1284. — L'obligation est divisible, non-seulement lorsqu'elle a pour objet une chose susceptible de divisibilité *matérielle*, mais encore lorsque la chose qu'elle a pour objet est susceptible de divisibilité *intellectuelle*. Une personne qui s'est engagée envers une autre à lui faire avoir la propriété de son cheval meurt laissant trois héritiers : chacun d'eux ne doit qu'un tiers du cheval et s'acquitte en abandonnant au créancier le tiers qu'il vient d'acquérir comme héritier dans la chose due.

1285. — L'obligation, au contraire, est indivisible lorsque la chose qu'elle a pour objet n'est susceptible d'aucune espèce de divisibilité.

Combien Dumoulin et Pothier distinguaient-ils d'espèces d'indivisibilité ?

Qu'est-ce que l'indivisibilité *contractu et naturâ* ?

Pothier, d'après Dumoulin, reconnaît trois espèces d'*indivisibilité* : 1° l'indivisibilité *contractu et naturâ* ; 2° l'indivisibilité *obligatione* ; 3° l'indivisibilité *solutione tantùm*.

1° Indivisibilité *contractu et naturâ*. — L'obligation est indivisible *contractu et naturâ* lorsque la chose qu'elle a pour objet n'est pas, *sous quelque rapport qu'on l'envisage*, susceptible de division matérielle ou intellectuelle : telle est, par exemple, une servitude de passage.

Art. 1218.

Qu'est-ce que l'indivisibilité *obligatione*?

2° Indivisibilité *obligatione*. — L'obligation est indivisible *obligatione* lorsque la chose qu'elle a pour objet est indivisible par suite du rapport sous lequel elle figure dans l'obligation, en sorte qu'elle serait susceptible d'être promise ou stipulée par parties si elle était envisagée sous un autre rapport : telle est, par exemple, une *maison à construire*.

L'obligation qui a

Un architecte obligé de me bâtir une maison fait un marché

pour objet la construction d'une maison est-elle divisible ou indivisible?

Ne faut-il pas, pour résoudre cette question, examiner sous quel rapport la maison a été envisagée dans l'obligation?

avec un maçon qui s'engage envers lui à bâtir la maison qu'il me doit : l'obligation du maçon envers l'architecte est *divisible*. Qu'a-t-elle, en effet, pour objet? une série de travaux de maçonnerie. Or, ces travaux peuvent être utilement faits par parties. Le maçon qui, par exemple, a fait le premier étage, a réellement et utilement procuré au créancier une *portion* de la chose qu'il lui doit. — L'obligation dont l'architecte est tenu envers moi est, au contraire, *indivisible* : elle a, en effet, pour objet, non pas une série de travaux, mais un *opus perfectum*, une maison, une *habitation*. Or, une maison, considérée sous ce rapport, n'existe que lorsque toutes les parties qui la doivent composer sont achevées. L'architecte qui a fait, par exemple, le premier étage, ne m'a procuré aucune portion de la chose qui m'est due : car, tant que la maison n'est point achevée, je ne puis pas m'en servir, l'*habiter* (1).

Art. 1221.

Qu'est-ce que l'indivisibilité *solutione tantùm*?

Constitue t-elle une indivisibilité proprement dite?

3° Indivisibilité *solutione tantùm*. — L'obligation est indivisible *solutione tantùm* lorsqu'ayant pour objet une chose qui, sous quelque rapport qu'on la considère, est divisible, il a été expressément ou tacitement entendu entre les parties qu'elle ne pourra pas être exécutée fractionnellement. J'ai vendu ma maison moyennant la somme de 20,000 fr., mais en me réservant la faculté de *réméré*, c'est-à-dire le droit de reprendre ma maison en rendant le prix; je stipule de vous que vous me prêterez la somme dont j'ai besoin pour *exercer mon droit de réméré* : votre obligation est indivisible, car le but que je me suis proposé, en stipulant de vous cette somme, ne peut pas être atteint par parties (art. 1673). — Mais remarquez que l'indivisibilité ne tient ici ni à la nature de l'objet dû ni au rapport sous lequel il est considéré dans l'obligation : car une somme d'argent, sous quelque rapport qu'on l'envisage, est toujours divisible. Si, dans l'espèce, l'obligation est indivisible, c'est que les parties l'ont bien voulu, et que leur volonté à cet égard, quoique tacite, est souveraine. Cette indivisibilité affecte moins l'*obligation* que son *exécution* : aussi l'appelle-t-on indivisibilité *solutione tantùm*. Elle constitue plutôt une *exception* à la divisibilité de l'obligation qu'une indivisibilité proprement dite. C'est ainsi, en effet, que la qualifie le Code lui-même dans l'art. 1221 (2).

Quelles différences y a-t-il entre l'indivisibilité *solutione tantùm* et les deux autres espèces d'indivisibilité?

1286. — III. *Différences entre l'indivisibilité* SOLUTIONE TANTUM *et les deux autres espèces d'indivisibilité.* — L'indivisibilité *contractu et naturâ* et l'indivisibilité *obligatione* sont régies par les mêmes règles; l'indivisibilité *solutione tantùm* diffère de l'une et de l'autre. L'indivisibilité *contractu et naturâ* et l'indivisibilité *obligatione* affectent l'obligation, tant au point de vue *actif* qu'au point de vue *passif;* elles empêchent la division de la dette, soit à

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 150; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 35 : Marc., art. 1218.

(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 150; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 42 et 43; Marc., art. 1221.

l'égard *des débiteurs*, qui peuvent être poursuivis chacun pour le tout, soit à l'égard *des créanciers*, qui ont chacun le droit de poursuivre pour le tout. L'indivisibilité *solutione tantùm*, au contraire, n'affecte l'obligation qu'au point de vue *passif*, c'est-à-dire qu'à l'égard des héritiers du *débiteur* seulement; quant à la *créance*, elle se divise, se fractionne, de plein droit, entre les héritiers du *créancier* (1).

Art. 1222 à 1224.

1287. — IV. *Des effets de l'obligation indivisible.* — Nous ne traitons ici que de l'indivisibilité *contractu et naturâ* et de l'indivisibilité *obligatione*. Quant à l'indivisibilité *solutione tantùm*, elle prendra naturellement sa place sous la rubrique *Des exceptions au principe que la dette divisible se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur*.

Quid, dans le cas d'une dette indivisible proprement dite, s'il existe plusieurs débiteurs, ou si le débiteur unique meurt ayant plusieurs héritiers?

Ou, réciproquement, s'il existe plusieurs créanciers ou si le créancier unique est mort ayant plusieurs héritiers?

Chacun des créanciers a-t-il le droit de demander et de recevoir la chose entière?

Lorsqu'il existe, dès l'origine, plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers conjoints, ou, et c'est le cas qui se présente le plus fréquemment, lorsque le débiteur ou le créancier, unique à l'origine, est mort laissant plusieurs héritiers, l'effet direct et principal de l'indivisibilité est d'empêcher le fractionnement de la dette entre les débiteurs ou entre les créanciers. De là il résulte :

1° Que chacun des créanciers peut agir pour le tout contre le débiteur. Mais, bien entendu, celui-ci est complétement libéré, libéré à l'égard de chacun des créanciers, dès qu'il paie entre les mains de l'un d'eux : car, s'il doit la chose entière à chacun, il ne la doit pourtant qu'*une seule fois*.

Peut-il recevoir une chose au lieu et place de celle qui est due?

Quoique chaque créancier ait le droit de recevoir le paiement intégral de la dette, et de donner quittance tant au nom de ses cocréanciers qu'en son propre nom, il ne lui est néanmoins pas permis de recevoir une chose au lieu et place de celle qui est due : ce serait modifier le droit de ses co-intéressés.

Peut-il, à lui seul, faire remise de la dette?

A bien plus forte raison, ne peut-il pas faire seul remise de la dette entière : ce serait disposer du bien d'autrui en même temps que du sien propre.

Cette remise est-elle sans effet?

Toutefois, si l'un des créanciers fait remise de la dette, cette remise n'est pas absolument inutile : elle libère le débiteur dans une certaine mesure, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la part qu'avait dans la créance le créancier qui la lui a faite. « Mais, dira-t-on, comment déduire la *part* du créancier qui a fait la remise? Cette déduction est impossible, puisque la créance n'est point susceptible de *parties!* » Cela est vrai. Aussi ne la déduit-on point *en nature*; la déduction se fait *par équivalent*. On estime *en argent* ce que vaut la créance, après quoi on détermine la fraction qui revient, dans son estimation, au créancier qui a fait la remise; les autres créanciers sont alors obligés, lorsqu'ils viennent demander au débiteur le paiement de la dette, de lui rembourser la somme attribuée à leur ancien cocréancier.

(1) MM. Dur., t. XI, nos 276 et 288; Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 150; Marc., art. 1221; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 40.

Nous supposons, bien entendu, que les cocréanciers de celui qui a fait la remise en ont profité ; dans le cas contraire, ils n'ont rien à rembourser. Vous avez vendu à *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, *une maison à construire; Primus* vous a fait remise de la dette. Cette remise profite aux deux autres créanciers : car, au lieu d'être trois, ils ne seront plus que deux copropriétaires. Les experts ont-ils estimé que cette maison vaudra, quand elle sera bâtie, 30,000 fr. : *Secundus* ou *Tertius*, qui vous la demandera, devra vous rembourser 10,000 fr.—Vous devez une servitude de vue à *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, copropriétaires d'une maison; *Primus* vous a fait remise de la dette. Les deux autres créanciers ne vous doivent aucune indemnité : car la remise qui vous a été faite par leur cocréancier ne leur profite point. Qu'ils soient deux ou qu'ils soient trois à voir sur le fonds servant, le résultat, quant à eux, n'est nullement changé (M. Val.).

Si l'un des créanciers exerce des poursuites, interrompt-il la prescription dans l'intérêt de tous?

2° Que, si l'un des créanciers exerce des poursuites contre le débiteur, il interrompt la prescription pour le tout, tant pour ses cocréanciers que pour lui-même.

Quid, s'il existe parmi eux un créancier au profit duquel la prescription est suspendue?

3° Que, s'il existe parmi eux un créancier au profit duquel la prescription est suspendue, cette suspension profite à tous (1)(arg. tiré des art. 709 et 710).

Ces effets de l'indivisibilité ne peuvent-ils pas être critiqués?

Ces deux derniers effets de l'indivisibilité sont peu logiques. Nous venons de voir qu'un créancier peut renoncer à la part qu'il a dans la créance; que cette renonciation profite au débiteur, non pas, il est vrai, en nature, mais par équivalent. Or, n'est-il pas raisonnable de supposer que ceux des créanciers qui sont restés trente ans sans agir ont renoncé à leur droit? Quelle raison y a-t-il de rejeter cette présomption? n'est-ce pas elle qui sert de base à la prescription? Si le créancier *solidaire* qui exerce des poursuites contre le débiteur conserve le droit de ses cocréanciers en même temps que le sien, c'est qu'il est leur associé, leur *mandataire* à l'effet de faire tous les actes conservatoires de la créance commune (voy. le n° 1240). Mais aucune association, aucun mandat, n'existe entre les créanciers d'une chose indivisible : car la communauté qui existe entre eux est purement accidentelle, elle tient uniquement à la nature de la chose due (M. Val.).

Chacun des débiteurs peut-il être poursuivi pour le tout?

4° Que chacun des débiteurs peut être poursuivi pour le tout.

Les poursuites exercées contre l'un interrompent-elles la prescription à l'égard de tous?

5° Qu'en exerçant des poursuites contre l'un des débiteurs, le créancier interrompt la prescription pour le tout et *contre tous* (art. 2249).

Cette dernière conséquence n'est pas plus logique que celles que nous avons critiquées. Les codébiteurs d'une chose indivisible ne sont point, comme les codébiteurs *solidaires*, associés entre eux, mandataires les uns des autres à l'effet de recevoir les poursuites du créancier : dès lors, quelle raison y a-t-il de décider que la poursuite dirigée contre l'un d'eux interrompt la prescription à l'égard de tous? Mais ici encore la loi est formelle.

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 39 ; Marc., art. 1225.

Le débiteur d'une chose indivisible peut-il, lorsqu'il est poursuivi pour le tout, demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause ?

Dans quel but les met-il en cause ?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ?

Et quelle différence y a-t-il, sous ce rapport, entre la dette indivisible et la dette solidaire ?

Quelle est la raison de cette différence ?

1288. —Chacun des débiteurs d'une chose indivisible, ai-je dit, peut être actionné pour le tout ; du reste, le débiteur ainsi poursuivi peut demander un délai « *pour mettre en cause ses codébiteurs.* » Mais dans quel but les mettra-t-il en cause? Il faut, à cet égard, consulter Pothier, dont les décisions ont été, à peu de chose près, reproduites dans l'art. 1225. Trois cas sont prévus : ou la dette est de nature à pouvoir être acquittée *séparément* par chacun des débiteurs, ou elle est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous *conjointement*, ou enfin elle est de nature à ne pouvoir être acquittée que *par le débiteur assigné.*

1289. — PREMIER CAS. La dette est de nature à pouvoir être acquittée *séparément* par chacun des débiteurs. — Après avoir contracté envers vous l'obligation de bâtir une maison sur votre terrain, je meurs laissant trois héritiers : l'obligation dont ils sont tenus est une obligation indivisible (voy. le n° 1285, 2°), qui, de sa nature, peut être acquittée *séparément* par chacun d'eux. Le créancier peut donc conclure contre celui d'entre eux qu'il assigne à ce qu'il soit condamné à faire la maison entière ; mais, comme le débiteur assigné, quoique débiteur de toute la construction de la maison, n'en est point néanmoins *débiteur solidaire*, il a le droit de mettre tous ses codébiteurs en cause et de demander qu'ils soient tous condamnés, conjointement avec lui, à l'accomplissement de l'obligation, ou, faute par eux de l'accomplir, à payer, *chacun pour sa part et portion*, des dommages-intérêts.

1290. — Nous trouvons là une différence bien marquée entre la dette *solidaire* et la dette *indivisible*. Un débiteur *solidaire* assigné peut bien aussi mettre ses codébiteurs en cause. Mais il ne le peut que pour faire statuer par un seul et même jugement sur la demande formée contre lui par le créancier et sur sa demande en recours contre ses codébiteurs ; il ne lui est pas permis de faire *diviser la condamnation :* débiteur solidaire, il est condamné à exécuter l'obligation pour le tout, ou, faute de le faire, à payer, *aussi pour le tout*, les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (voy. le n° 1249). — Le codébiteur d'une chose indivisible peut, au contraire, demander que chacun de ses codébiteurs soit condamné à concourir avec lui à l'exécution de l'obligation, et, faute de le faire, qu'ils soient tous, mais chacun seulement *pour sa part et portion*, condamnés à payer des dommages-intérêts.

On comprend le motif de cette différence. La solidarité ne tient pas à la *qualité de la chose due*, elle est *un effet de la convention* des parties : l'obligation solidaire ne change donc point de nature lorsqu'elle change d'*objet*. L'indivisibilité, au contraire, n'est pas un effet de la convention, elle résulte uniquement *de la nature de la chose due :* l'obligation indivisible doit être acquittée *pour le tout* par chacun des codébiteurs, parce que la chose qu'elle a pour objet n'est pas susceptible de parties ; mais, que cet obstacle disparaisse (et c'est ce qui arrive lorsqu'une somme d'argent se trouve

substituée à la chose due), on rentre alors dans le droit commun, l'obligation devient divisible.

Ainsi, l'obligation indivisible se convertit en une obligation divisible lorsqu'elle aboutit à des dommages et intérêts (1).

Mais, bien entendu, le débiteur assigné qui néglige d'appeler ses codébiteurs en cause est seul condamné, et pour le tout, aux dommages et intérêts. Il est condamné pour le tout, parce que, s'étant seul chargé de la cause, il est alors réputé avoir pris à sa charge, dans ses rapports avec le créancier, toutes les conséquences de l'inexécution de l'obligation, sauf son recours contre ses codébiteurs (2).

1291. — Second cas. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les codébiteurs *conjointement*. — Après m'être engagé à construire un aqueduc sur mon champ, afin de faire arriver jusque sur le vôtre l'eau d'une source qui est sur le mien, je meurs laissant plusieurs héritiers : tant qu'ils sont dans l'indivision, l'obligation que j'ai contractée envers vous ne peut être accomplie que par *tous mes héritiers conjointement* : l'aqueduc ne peut, en effet, être établi que du consentement de chacun des copropriétaires du champ sur lequel doivent être faits les travaux.

Dans cette hypothèse, le créancier peut agir pour le tout contre celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir, sauf à ce dernier à mettre en cause ses codébiteurs afin qu'ils consentent avec lui et fassent procéder conjointement à l'établissement de l'aqueduc. En cas de refus, le créancier peut les faire condamner à des dommages et intérêts ; mais, comme dans le premier cas, la condamnation se divise entre tous les débiteurs, au prorata de leur part héréditaire.

Toutefois, si l'un d'eux déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à exécuter l'obligation, celui-ci, n'étant pas en faute, ne doit supporter aucune portion des dommages et intérêts.

Enfin, comme dans la première espèce, le défendeur, lorsqu'il est seul assigné et qu'il néglige d'appeler ses codébiteurs en cause, est seul condamné, et condamné pour le tout, aux dommages et intérêts, sauf son recours contre ses codébiteurs.

1292. — Troisième cas. L'obligation est de nature à ne pouvoir être acquittée *que par le débiteur poursuivi*. — Tel est, par exemple, le cas où (en répétant l'espèce précédente) le champ sur lequel doit être établi l'aqueduc est tombé, par le partage, dans le lot de l'un des héritiers du débiteur. Cet héritier peut seul accomplir l'obligation : car, étant seul propriétaire, lui seul peut consentir à l'établissement de l'aqueduc. Dans cette hypothèse, il est nécessairement condamné seul, et pour le tout, à l'exécution de l'o-

(1) MM. Dur., t. XI, n° 304; Val.; Marc., art. 1225; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 38.

(2) MM. Val.; Marc., art. 1225.

bligation, et, en cas d'inexécution, à des dommages et intérêts. Il peut, il est vrai, demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause ; mais ce n'est pas, comme dans les deux dernières hypothèses, pour faire diviser la condamnation qu'il est autorisé à les lier au procès : c'est uniquement pour faire prononcer par un seul et même jugement sur la demande formée contre lui, et sur sa demande en garantie contre ses cohéritiers (art. 175, C. pr.) (M. Val.).

1293. — V. *Des effets de l'obligation divisible.* — La divisibilité de la dette entraîne les conséquences suivantes :

Art. 1220. Quels sont les effets de la *divisibilité?*

1° Lorsqu'une dette ayant pour objet une chose *divisible* est contractée par plusieurs personnes, chacune d'elles est réputée n'avoir promis qu'une portion de la chose due; en sorte qu'il existe, non pas des *fractions* d'une ancienne dette actuellement divisée, mais autant de dettes distinctes et séparées qu'il y a de débiteurs : chacun d'eux ne peut être poursuivi que pour la portion qu'il est réputé avoir promise.

2° Lorsqu'elle est contractée envers plusieurs personnes, chacune d'elles est réputée n'avoir stipulé qu'une portion de la chose due; en sorte qu'il existe autant de créances distinctes et séparées qu'il y a de créanciers : chacun d'eux ne peut réclamer que la fraction qu'il a stipulée.

3° Lorsque le débiteur ou le créancier d'une chose divisible meurt, la dette ou la créance se divise de plein droit entre ses héritiers. Chacun d'eux n'est tenu de payer la dette ou ne peut la demander que proportionnellement à la part pour laquelle il représente le défunt (voy. le n° 441).

1294. — VI. *Des exceptions au principe que la dette divisible se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur; en d'autres termes, de l'indivisibilité* SOLUTIONE TANTUM. — Il s'agit ici de dettes qui, bien qu'elles aient pour objet des choses susceptibles, sous quelque rapport qu'on les envisage, de division matérielle ou intellectuelle, ne peuvent pas néanmoins être exécutées partiellement. Elles ont un certain caractère d'indivisibilité. Maintenant, comme l'indivisibilité à laquelle elles sont soumises porte, non point sur l'obligation elle-même, sur l'objet de la dette, mais sur la manière dont elle doit être exécutée, cette indivisibilité s'appelle *indivisibilité* SOLUTIONE TANTUM.

Art. 1221. Quelles sont les exceptions que souffre le principe que la dette divisible se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur? En d'autres termes, quels sont les effets de l'indivisibilité *solutione tantùm?*

Cette indivisibilité, ainsi que nous l'avons dit sous le n° 1286, n'affecte le paiement qu'au point de vue *passif :* la dette, rendue, par exception, indivisible « *à l'égard des héritiers du débiteur,* » reste divisible et se divise, en effet, de plein droit, entre les héritiers du créancier, qui ne peuvent demander chacun que sa part dans la créance.

Empêche-t-elle la division de la créance entre les héritiers du créancier?

— Le Code cite cinq obligations indivisibles *solutione tantùm*, cinq cas où la dette, quoique divisible à ne considérer que son objet, est indivisible à l'égard des héritiers du débiteur. Mais nous verrons que deux des cinq cas doivent être retranchés.

Quels sont les cas où cette indivisibilité improprement dite a lieu ?

La loi a-t-elle eu raison de placer la dette hypothécaire parmi les dettes qui, bien que divisibles par leur nature, ne se divisent pas *entre les héritiers du débiteur*?

La dette, quoique divisible quant à son objet, est indivisible à l'égard des héritiers du débiteur :

1295. — 1° « Dans le cas où elle est *hypothécaire*. » — Une personne emprunte 6,000 fr., et affecte, par hypothèque, sa prairie au paiement de la dette qu'elle contracte. Cette dette est divisible, et se divise réellement *entre les héritiers du débiteur* : si donc le créancier, laissant de côté son action *hypothécaire*, agit par action *personnelle*, il ne peut demander à chacun d'eux que la portion dont il est tenu en qualité d'héritier. Mais l'hypothèque est indivisible (art. 2114) : en conséquence, le créancier qui agit par action *hypothécaire* peut demander toute la dette à celui des héritiers qui a dans son lot l'immeuble hypothéqué, ou même une portion, si minime qu'elle soit, de cet immeuble (voy. le no 446-6°).

Ainsi, l'hypothèque n'empêche point la division de la dette entre les héritiers du débiteur : chacun d'eux, en effet, n'est tenu, *en qualité d'héritier*, que proportionnellement à sa part héréditaire. S'il peut être poursuivi *pour le tout*, ce n'est qu'en qualité de *tiers détenteur* de l'immeuble hypothéqué. C'est donc à tort que la loi place la dette hypothécaire au nombre des dettes qui, bien que divisibles, ne se divisent point *entre les héritiers du débiteur*.

La dette d'un corps certain n'est-elle pas divisible sous quelque rapport qu'on la considère ?

1296. — 2° « Lorsqu'elle est *d'un corps certain*. » — La dette d'un corps certain est divisible sous tous les rapports, tant à l'égard des héritiers du débiteur qu'à l'égard des héritiers du créancier. Ainsi, qu'on suppose que l'acheteur *à réméré* d'un immeuble laisse plusieurs héritiers : chacun d'eux, s'ils sont encore dans l'indivision, ou s'ils ont partagé l'immeuble, s'acquitte envers le créancier en lui livrant la part indivise qu'il a dans l'immeuble ou la part divise qui lui a été assignée par le partage. L'action *en réméré* ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part et portion (art. 1672).

Quand donc devient-elle indivisible à l'égard des héritiers du débiteur ?

Quand donc la dette *d'un corps certain* devient-elle indivisible à l'égard des héritiers du débiteur ? « C'est, dit Pothier, dans le cas où la chose due a été mise en totalité dans le lot de l'un des héritiers. » Dans cette hypothèse, celui d'entre eux qui retient la chose due peut être actionné pour le tout et contraint de livrer la chose entière, sauf son recours en garantie contre chacun de ses cohéritiers. Si le créancier n'avait pas le droit de le poursuivre pour le tout, il serait forcé d'agir contre chacun des autres héritiers ; ceux-ci, étant dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation, seraient condamnés à des dommages-intérêts : dès lors chacun d'eux, lorsqu'il serait actionné, pourrait agir à son tour contre celui qui, étant seul détenteur de la chose due, peut seul la livrer, et le forcer de les soustraire, en exécutant l'obligation, aux conséquences de l'action dirigée contre eux. De là un circuit d'actions, que la loi évite en autorisant le créancier à demander la chose entière à l'héritier qui la possède seul. — Il est bien entendu que le droit qu'a le créancier de poursuivre pour le tout l'héritier détenteur de la chose due ne lui enlève point le droit d'agir, s'il

le préfère, contre chacun des héritiers pour sa part et portion (1).

Est-il vrai que la dette alternative au choix du créancier est indivisible lorsque parmi les choses qu'elle comprend l'une d'elles est indivisible?

1297. — 3° « Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, *au choix du créancier*, dont l'une est indivisible. » — Cette disposition est vraiment inexplicable. Ou le créancier demandera celle des deux choses qui est indivisible, ou il demandera celle qui est divisible. Au premier cas, la dette sera indivisible et chaque héritier pourra être poursuivi pour le tout. Au second, elle sera divisible et chaque héritier n'en sera tenu que pour sa part et portion. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, nous trouvons, non pas *une exception* au droit commun, mais une application pure et simple des règles qui régissent les obligations divisibles ou indivisibles.

Quelle est donc la pensée de la loi? Faut-il réellement distinguer si le choix appartient au débiteur ou au créancier, s'il existe ou non une chose indivisible parmi celles qui sont comprises dans l'alternative?

Il est probable que la loi a entendu reproduire la doctrine de Pothier; mais elle ne l'a évidemment pas comprise. Suivant Pothier, ce qui est indivisible, c'est *le choix* résultant de l'alternativité de l'obligation. Le droit de choisir est indivisible, soit qu'il appartienne au débiteur, soit qu'il appartienne au créancier; et il en est ainsi lors même que les deux choses comprises dans l'alternative sont l'une et l'autre divisibles. Paul, qui doit, à son choix, une somme de 10,000 fr. ou une prairie, meurt, laissant deux héritiers : ses héritiers ne peuvent pas diviser le choix qu'ils ont le droit de faire; ils ne peuvent pas payer, l'un la moitié de la somme due, l'autre la moitié de la prairie. Autrement, le créancier recevrait des fractions de deux choses différentes, ce qui dénaturerait l'obligation. Il n'a point, en effet, stipulé deux moitiés des choses comprises dans l'obligation : il a stipulé l'une ou l'autre chose en son entier. Les héritiers doivent donc s'entendre, à l'effet de payer l'une ou l'autre des deux choses dues. Faute par eux de s'entendre, le créancier les assigne pour voir dire qu'ils auront à s'accorder dans un délai déterminé, sinon que le choix lui sera déféré (voy. le n° 1226).

Si le choix appartient au créancier, celui-ci ne peut également demander que l'une ou l'autre des choses dues (voy. le n° 1227).

La loi prévoit le cas où l'un des héritiers a été *seul* chargé, *par le titre*, de l'exécution de la convention : de quel titre entend-elle parler?

1298. — 4° « Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, *par le titre*, de *l'exécution* de la convention. » — De quel *titre* la loi entend-elle parler? S'agit-il ici de la *convention* même qui a donné naissance à l'obligation, ou d'un *testament* par lequel le débiteur a chargé l'un de ses héritiers du paiement intégral de sa dette? Le doute ne me semble point possible : le titre dont il est ici question est la convention même qui a donné naissance à l'obligation. Qu'on remarque, en effet, que nous étudions, non pas la matière des *testaments*, mais celle des *conventions;* or, les mots qu'emploie le législateur doivent s'entendre *secundùm subjectam materiam*. J'ajoute que cette disposition a été empruntée à Pothier, lequel dit positivement qu'on peut, *contractant une obligation*, charger un seul de ses héritiers du paiement intégral de la dette, c'est-à-

(1). MM Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 40.

dire accorder au créancier le précieux avantage de poursuivre pour le tout celui des héritiers qui est nommément désigné dans la convention,

Un débiteur peut-il, en contractant, convenir que la dette sera payée pour le tout par tel ou tel de ses héritiers, et sans aucun recours contre ses cohéritiers?

Mais, dira-t-on, charger l'un de ses héritiers du paiement intégral de la dette, c'est avantager les autres héritiers, et, par conséquent, *régler sa succession*, ce qui ne se peut faire que par testament. Pothier a prévu l'objection. Il y répond, en disant que la convention dont il s'agit ne met point définitivement le paiement de la dette à la charge de l'héritier désigné pour l'acquitter; qu'elle a simplement pour effet de lui imposer la nécessité de payer la part de ses cohéritiers en même temps que la sienne, *mais sauf son recours contre eux;* qu'elle ne modifie en aucune façon les rapports des héritiers entre eux, puisque la dette doit être, en définitive, supportée par tous; qu'il s'agit, en un mot, d'une simple *avance* à faire.... Telle est aussi la doctrine du Code : l'art. 1221 nous dit, en effet, que l'héritier chargé du paiement intégral de la dette conserve le droit de recourir contre ses cohéritiers pour leur part et portion de la dette.

Ainsi, la personne qui s'oblige peut le faire sous cette modalité, qu'après sa mort le créancier pourra poursuivre pour le tout tel de ses héritiers, ou même, à son choix, tel ou tel de ses héritiers, sauf le recours de l'héritier qui paiera la dette entière contre ses cohéritiers. La clause qui enlèverait ce droit de recours à l'héritier chargé seul du paiement de la dette serait nulle. Elle modifierait, en effet, les rapports des héritiers entre eux : l'un recevrait moins que les autres ; or, cette modification apportée à l'ordre légal des successions ne peut être faite que par testament.

L'indivisibilité *solutione tantùm* ne résulte-t-elle point quelquefois de la *nature* de l'engagement?

1299. — 5° « Lorsqu'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... » Telle est la dette d'un *genre*, par exemple, la dette d'un *cheval* non individuellement déterminé. Les héritiers du débiteur n'ont pas, dans ce cas, le droit de s'acquitter partiellement : car, si la dette dont ils sont tenus se divisait entre eux, l'un pourrait payer une fraction *intellectuelle* (voy. le n° 1283-3°) de tel cheval, l'autre une fraction de tel autre cheval ; le créancier, au lieu de recevoir ce qu'il a stipulé, un cheval, ne recevrait que des parts indivises dans plusieurs chevaux.

De la chose qui fait l'objet de l'obligation?

« De la *chose qui fait l'objet* de l'obligation... » Telle est, par exemple, l'obligation de livrer un attelage de deux chevaux.

De la fin qu'on s'est proposée dans le contrat?

« De la *fin* qu'on s'est proposée dans le contrat... » Telle est, par exemple, l'obligation de livrer telle somme qui a été promise à une personne qui l'a stipulée, avec déclaration qu'elle l'empruntait à l'effet d'exercer un droit de *réméré* (voy. le n° 1286-3°).

Quelles différences y a-t-il entre l'obligation indivisible et l'obligation solidaire?

1300. — VII. *Différences entre l'obligation indivisible et l'obligation solidaire.* — 1° L'indivisibilité empêche la *division* de la dette entre les héritiers du débiteur : chacun d'eux est tenu

pour le tout. Il en résulte que le créancier qui exerce des poursuites contre l'un des héritiers interrompt la prescription pour le tout et contre chacun des héritiers (art. 2249 ; voy. aussi le n° 1287-5°). — La solidarité, au contraire, n'empêche point la *division* de la dette entre les héritiers du débiteur : chacun d'eux n'en est tenu que pour sa part et portion. Il en résulte que le créancier qui exerce des poursuites contre l'un des héritiers n'interrompt la prescription que pour la portion de dette dont est tenu l'héritier poursuivi (voy. l'explic. de l'art. 2249).

2° Lorsque l'obligation indivisible se convertit, par suite de la faute ou du retard des débiteurs, en une obligation de dommages-intérêts, chacun d'eux n'en est tenu que pour sa part et portion. — Dans la même hypothèse, au contraire, les dommages et intérêts sont dus solidairement par chacun des débiteurs solidaires (voy. les n°s 1252, 1289 et 1290).

3° Lorsque la chose indivisible périt par la faute de l'un des débiteurs, les autres débiteurs sont libérés de l'obligation : la valeur de la chose périe et les autres dommages et intérêts qui peuvent être dus sont uniquement à la charge du débiteur coupable. En d'autres termes, la faute de l'un des codébiteurs d'une chose indivisible est considérée, quant aux autres débiteurs, comme un cas fortuit (1). — Il n'en est pas de même lorsque la dette est solidaire : chacun des débiteurs est, en effet, responsable, dans une certaine mesure, de la faute des autres. Ainsi, lorsque la chose périt par la faute de l'un d'eux, la valeur de la chose qui a péri est due par tous, même par ceux qui ne sont pas en faute (voy. le n° 1252).

La solidarité de la dette la rend-elle indivisible?

1301. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, qu'une obligation qui est *solidaire* n'est pas pour cela indivisible (art. 1219), et, réciproquement, qu'une obligation qui est *indivisible* n'est pas pour cela *solidaire*.

SECTION VI. — DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE PÉNALE.

Art. 1226 et 1229.

1302. — La clause pénale est le règlement anticipé, l'estimation que les parties font elles-mêmes, du montant des dommages et intérêts qui devront être payés si le débiteur n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement. Elle tient donc lieu de dommages et intérêts ; elle en est la compensation, ainsi que le dit l'art. 1229.

Qu'est-ce qu'une clause pénale?

N'est-ce pas un *forfait*?

C'est un *forfait* entre les parties, une loi qui ne peut être éludée sous aucun prétexte.

Quel est le sens de cette règle?

— Du principe que la clause pénale établit un *forfait* entre les parties, il suit que les juges ne peuvent point, sous prétexte que le dommage éprouvé par le créancier est supérieur ou inférieur

(1) Nous verrons toutefois qu'il en est autrement dans le cas où la dette indivisible est accompagnée d'une clause pénale (voy. le n° 1304).

Les juges ne doivent-ils pas, dans certains cas, réduire le montant de la clause pénale?

au chiffre arrêté entre les parties, augmenter ou diminuer le tarif dont elles sont convenues (v. le n° 1148).—Toutefois, nous verrons dans un instant qu'ils peuvent n'allouer qu'une partie de ce tarif, lorsque l'obligation a été exécutée *en partie*, et utilement exécutée. — Rappelons encore que, si l'obligation principale est d'une somme d'argent, le montant de la clause pénale doit être réduit lorsqu'il dépasse le 5 0/0 de la somme due (voy. le n° 1153).

Art. 1227.

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que la clause pénale *tient lieu de dommages et intérêts*?

1303. — Du principe que la clause pénale *tient lieu des dommages et intérêts, qu'elle en est la compensation*, il suit :

La règle que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale ne reçoit-elle pas des exceptions?

1° « Que *la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.* » Il ne saurait, en effet, être question de dommages et intérêts là où il n'existe point d'obligation.

Cette règle souffre, toutefois, deux exceptions. La clause pénale est valable : 1° lorsque la nullité de l'obligation principale tient à cette circonstance, que le créancier qui l'a stipulée n'a aucun intérêt pécuniaire à son exécution (voy. le n° 1074); — 2° lorsque la nullité de l'obligation donne lieu à des dommages et intérêts. Nous verrons plus tard que la vente de la chose d'autrui, quoique nulle, confère cependant à l'acheteur de bonne foi le droit de réclamer des dommages et intérêts : dans ce cas, la clause pénale serait valable, puisqu'elle ne serait que l'estimation faite par les parties elles-mêmes du montant de ces dommages et intérêts.

— Il est bien entendu, au reste, que la nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale.

Art. 1230.

Quand la clause pénale est-elle encourue?

2° Que *la clause pénale n'est encourue que dans les cas où les dommages et intérêts seraient eux-mêmes dus si elle n'eût pas été stipulée, c'est-à-dire lors seulement que le débiteur est* EN DEMEURE. Appliquons donc à la clause pénale toutes les règles que nous avons étudiées, sous le n° 1137, relativement à la demeure du débiteur.

Art. 1228.

Le créancier peut-il, au lieu de demander la peine, demander l'exécution effective de l'obligation?

3° Que *le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut, s'il le préfère, mais, bien entendu, si cela est encore possible, demander l'exécution effective de l'obligation.* Vous m'avez promis, avec clause pénale, de ne pas bâtir sur votre jardin; vous bâtissez : je puis, à mon choix, vous demander le montant de la clause pénale ou la destruction des constructions que vous avez faites. — Vous m'avez promis, avec clause pénale, de me livrer votre cheval; je vous fais sommation de livrer, et vous résistez : je puis, à mon choix, vous forcer de me payer le montant de la clause pénale, ou me faire mettre, *manu militari*, en possession du cheval.

Peut-il demander en même temps la peine et l'exécution de l'obligation principale?

Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

4° Qu'*il ne peut demander en même temps le montant de la clause pénale et le bénéfice effectif de l'obligation.* — Toutefois, lorsque la peine a été stipulée en vue du *retard* que le débiteur mettra à exécuter l'obligation, le créancier peut, si le débiteur est en retard, exiger tout à la fois le paiement de la peine stipulée et l'exécution de l'obligation.

Quant à la question de savoir si la peine, lorsque l'acte est muet sur ce point, a été stipulée en vue de l'*inexécution* de l'obligation,

ou simplement en vue du *retard*, elle doit être résolue d'après les circonstances, et notamment d'après l'importance de la clause pénale comparée au bénéfice compris dans l'obligation principale. Soit une obligation dont l'exécution doit procurer au créancier un bénéfice de 100,000 fr. La clause pénale s'élève-t-elle à 80, à 90, à 100, à 110,000 fr.; est-elle, en un mot, à peu près égale au chiffre de l'obligation : c'est en vue de l'inexécution qu'on doit présumer qu'elle a été stipulée. Est-elle, au contraire, de beaucoup inférieure au montant de l'obligation; ne s'élève-t-elle, dans notre espèce, qu'à 10, 15, 20,000 fr. : on supposera naturellement qu'elle n'a été stipulée qu'en vue du *retard*.

Art. 1231.

Quid, lorsque l'obligation n'a été exécutée qu'en partie?

5° Que *le créancier qui a reçu une portion du bénéfice qu'il a stipulé n'a pas le droit d'exiger toute la peine*. C'est ce que le Code nous apprend en ces termes : « Le juge peut modifier la peine lorsque l'obligation a été exécutée en partie. » Vous m'avez promis, avec clause pénale, de labourer mon champ; vous en avez labouré la moitié seulement : vous ne me devez que la moitié de la somme qui a été stipulée à titre de peine.

Mais, bien entendu, la peine serait due en totalité si l'exécution partielle de l'obligation n'avait procuré aucun profit au créancier.

Art. 1232 et 1233.

La peine est-elle encourue pour le tout, et par chacun des héritiers du débiteur, lorsque l'obligation a manqué d'être exécutée par la faute de l'un d'eux?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1304. — La peine est-elle encourue *pour le tout et par chacun des héritiers du débiteur* lorsque l'obligation a manqué d'être exécutée par la faute de l'un d'eux? — Pothier, et le Code d'après lui, distinguent si l'obligation principale est indivisible ou divisible.

PREMIER CAS. *L'obligation principale est 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*, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine. »

Vous m'avez promis de me laisser passer sur votre fonds, qui est voisin du mien; il a été convenu que vous me paierez 900 fr., à titre de peine, si vous apportez quelque obstacle à l'exercice de mon droit; vous mourez laissant trois héritiers; l'un d'eux, sans la participation et contre le gré des autres, ferme le passage : la peine est encourue pour le tout. Elle peut être demandée, non-seulement à l'héritier contrevenant, mais encore à ceux qui ont respecté l'obligation; seulement, l'héritier coupable peut être poursuivi pour le tout, tandis que les héritiers non coupables ne peuvent l'être que pour leur part et portion. Ainsi, le créancier est le maître de demander ou 900 fr. à l'héritier contrevenant, ou 300 fr. à chacun des héritiers.

Elle est encourue pour le tout et par chacun des héritiers lorsque l'obligation qui a manqué d'être exécutée par la faute de l'un d'eux est *indivisible* : cette déci-

Cette théorie, bien que le Code l'ait empruntée à Pothier, est justement critiquée. Aux termes de l'art. 1147, le débiteur n'est point tenu de payer des dommages et intérêts lorsqu'il prouve que l'inexécution de l'obligation *provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée;* or, la faute de l'un des héritiers du débiteur

sion est-elle juste? est-elle logique?

n'est-elle pas, quant aux autres héritiers, une cause étrangère qui ne leur est pas imputable? Pourquoi les rendre responsables d'une contravention qu'ils n'ont point commise, qu'ils n'ont même pas pu empêcher? Si l'obligation n'eût pas été accompagnée d'une clause pénale, l'héritier contrevenant eût été seul débiteur des dommages et intérêts résultant de la contravention (voy. le n° 1300-3°); pourquoi ne pas suivre la même règle lorsque l'obligation est accompagnée d'une clause pénale, puisque la peine tient lieu des dommages et intérêts?

On conçoit cette théorie entre codébiteurs *solidaires* : car, en acceptant la solidarité, ils se sont tacitement *portés garants les uns des autres*. Mais il n'existe aucun lien, aucun rapport, aucune solidarité, entre les codébiteurs d'une chose indivisible : dès lors, quelle raison y avait-il de mettre la faute d'un seul à la charge de tous? On ne peut expliquer ce système qu'en le rattachant aux règles subtiles et rigoureuses des stipulations romaines. Lorsqu'une stipulation était faite avec clause pénale, la clause pénale était considérée comme une seconde stipulation, subordonnée à cette condition suspensive : *si la première n'est pas exécutée;* et, dès qu'elle ne l'était pas, soit par la faute de tous les héritiers du débiteur, soit par la faute d'un seul, la condition à laquelle était subordonnée la validité de la seconde stipulation se trouvant accomplie, chacun des héritiers était tenu de l'exécuter (1).

Quid, si l'obligation qui a manqué d'être exécutée par la faute de l'un des héritiers est divisible?

1305. — DEUXIÈME CAS. *L'obligation principale est divisible.* — « La peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. » C'est une application du principe que le créancier n'a pas droit à toute la peine lorsque l'obligation a été utilement exécutée en partie.

Dans ce cas, ne faut-il pas faire une distinction?

Toutefois, si la peine a été stipulée dans le but d'empêcher l'exécution partielle de l'obligation, elle est alors encourue par la contravention d'un seul des héritiers, et le créancier peut la demander, soit en totalité, à l'héritier contrevenant, soit aux autres, pour leur part et portion.

27e *Répétition.*

CHAPITRE V. — DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Art. 1234.

Comment s'éteignent les obligations?

N'existe-t-il point des modes d'extinction des obligations autres que ceux qui sont indiqués dans notre article?

1306. — « Les obligations s'éteignent : 1° par le paiement; 2° par la novation; 3° par la remise volontaire; 4° par la compensation; 5° par la confusion; 6° par la perte de la chose due; 7° par la nullité ou la rescision; 8° par l'effet de la condition résolutoire; 9° par la prescription. » Ajoutons : 10° par l'expiration du terme, lorsque l'obligation a été contractée pour durer jusqu'à une certaine époque; 11° par la mort du débiteur ou du créancier, mais

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 191; Marc., art. 1232.

dans certains cas seulement (voy. les art. 419, 617, 957, 1795, 1865, 1879, 1983, 2003, et l'explic. de l'art. 1122).

Observations. — 1° « L'obligation *s'éteint* par la *nullité*... » Mais, peut-on dire, l'obligation *nulle* n'a aucune existence; or, l'obligation qui n'existe point ne peut pas cesser d'exister! Cette objection serait juste si la loi avait entendu parler des obligations qui sont absolument *nulles;* mais il ne s'agit pas ici de cette classe d'obligations : la loi n'a eu en vue que celles qui sont *annulables* seulement. Ces obligations, quoique imparfaites, existent tant que la nullité n'en a pas été prononcée en justice (voy. les nos 1484 et 1485) : c'est avec raison, par conséquent, qu'on dit qu'elles cessent d'exister, qu'elles *s'éteignent*, par la *nullité*.

Comment faut-il entendre la règle que les obligations *s'éteignent* par l'action en *nullité*?

2° La *condition résolutoire*, a-t-on dit encore, est bien mal à propos rangée parmi les modes d'*extinction* des obligations ; elle ne les *éteint* pas, elle les *fait naître!* Qu'on suppose une vente résolue par l'effet d'une condition résolutoire : qu'en résulte-t-il? Que chacune des parties doit rendre à l'autre ce qu'elle en a reçu : le vendeur est obligé de restituer le prix; l'acheteur, la chose vendue. Deux obligations sont *créées*, aucune n'a été *éteinte!*

La condition *résolutoire* est-elle toujours extinctive d'obligations? Quelle distinction faut il faire à cet égard?

Cela est vrai lorsque la condition résolutoire se réalise *après l'exécution du contrat*. Dans ce cas, la condition résolutoire est *productive* d'obligations (1). Mais, si l'on suppose qu'elle se réalise pendant que les choses sont encore entières, c'est-à-dire avant le paiement du prix et la délivrance de la chose vendue, elle est alors *extinctive* des obligations que le contrat avait produites, et qui existaient encore au moment où elle s'est réalisée.

Ainsi, la condition résolutoire est *productive* ou *extinctive* d'obligations, suivant qu'elle se réalise *après* ou qu'elle se réalise *avant* l'exécution du contrat qu'elle modifie.

SECTION I. — DU PAIEMENT.

§ I. — *Du paiement en général.*

Quels sont les différents sens du mot *paiement*? Quel sens a-t-il dans le Code?

1307. — I. *Notions préliminaires.* — Le mot *paiement* a deux sens différents : tantôt c'est un *effet*, un résultat, l'*extinction* elle-même de l'obligation, abstraction faite de la cause qui l'a éteinte; tantôt c'est une des *causes* d'extinction des obligations, l'*accomplissement* de l'obligation.

Ainsi, toutes les fois que l'obligation cesse d'exister, qu'elle soit éteinte par le *paiement*, c'est-à-dire parce qu'elle a été accomplie, exécutée, ou qu'elle le soit par tout autre mode d'extinction, par exemple, par la perte de la chose due ou la nullité de l'obligation, ce résultat, cette extinction de l'obligation, s'exprime, en

(1) Cependant, même dans ce cas, elle est extinctive d'une obligation : elle éteint, en effet, l'obligation de *garantie* dont le vendeur était tenu envers l'acheteur (art. 1603).

droit romain, par le mot *solutio*, en droit français, par le mot *paiement :* l'obligation étant un *lien* de droit, *vinculum juris*, on a dû, en suivant la même figure de langage, appeler *solutio* (de *solvere*, délier) l'extinction de l'obligation.

Dans notre Code, le mot *paiement* n'a pas ce sens général. Le paiement y est toujours considéré comme un mode particulier d'éteindre les obligations; *payer*, c'est éteindre l'obligation en l'*exécutant*, c'est donner, faire ou ne pas faire ce qu'on a promis de donner, de faire ou de ne pas faire.

Ainsi, dans son sens général, le paiement, c'est l'*extinction de l'obligation ;* dans son sens particulier, celui que lui donne le Code, c'est l'*accomplissement de l'obligation : solutio est præstatio ejus quod in obligatione est.*

Art. 1235.

Comment faut-il entendre la règle que *tout paiement suppose une dette?*

1308. — « Tout paiement suppose une dette. » Cette proposition a été interprétée de deux manières différentes :

1° Tout paiement suppose une dette... c'est-à-dire : le paiement n'est pas valable si la dette qui a été payée n'existait point. Payer, c'est vouloir éteindre une obligation : l'existence d'une dette est donc une condition essentielle à la validité du paiement. D'où cette conséquence, et c'est la loi qui la tire elle-même : « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. »

2° Tout paiement suppose une dette... c'est-à-dire : par cela seul qu'une dette a été payée, le paiement fait présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'elle existait *réellement ;* d'où la conséquence que c'est à celui qui a payé, et qui prétend l'avoir fait *indûment*, à prouver qu'il n'était pas débiteur.

Cette seconde explication repose, comme la première, sur une idée vraie. Oui, c'est à celui qui répète ce qu'il prétend avoir payé indûment à prouver qu'il n'est pas débiteur ; mais ce n'est pas là, je crois, la pensée que le Code a voulu consacrer dans notre article. Les deux phrases du premier alinéa ne doivent pas être séparées ; elles énoncent deux idées, dont la seconde (ce qui a été payé par erreur est sujet à répétition) est *la conséquence* de la première (tout paiement suppose une dette). Les travaux préparatoires du Code ne laissent aucun doute à cet égard. MM. Bigot-Préameneu et Jaubert disent, en effet, l'un et l'autre : « Tout paiement suppose une dette : *conséquemment*, ce qui aurait été payé pour une dette qui n'existerait pas pourrait être répété... Ce qui a été payé sans être dû est *donc* sujet à répétition. »

Ne peut-il pas se faire que celui qui a payé n'ait pas le droit de répétition, bien qu'il ait payé une chose que le créancier n'avait pas le droit d'exiger?

1309. — « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations *naturelles* qui ont été *volontairement* acquittées. »

En quelle qualité le créancier conserve-t-il, dans ce cas, ce qui lui a été payé?

Quelles sont les obligations naturelles

Voici un paiement qui a été fait, par une personne qui pouvait ne pas le faire, à une personne qui n'avait pas le droit de l'exiger, et cependant la loi le déclare valable. L'exécution volontaire de l'obligation *naturelle*, dont il est ici question, n'est pas considérée comme une DONATION ; c'est un PAIEMENT. Le créancier conserve ce qui lui a été payé, non pas en qualité de *donataire*, mais en qualité de *créancier*.

Quelles sont donc ces obligations qui ne confèrent au créancier aucune action, aucun droit de contrainte, mais dont l'exécution volontaire constitue un *paiement ?*

dont l'exécution volontaire constitue, non pas une *donation*, mais un *paiement ordinaire ?*

N'existe-t-il point des obligations naturelles dont l'exécution volontaire constitue, non pas un *paiement*, mais une *donation ?*

Là est la difficulté. S'agit-il de ces obligations qu'on appelle dans le monde *devoirs de conscience ou de morale ?* Non. Au point de vue du droit positif, ces devoirs, dont la source peut être la piété, la reconnaissance, l'affection, la parenté ou l'honneur, n'obligent point. Ces obligations naturelles ne sont point matière de droit ; elles ne produisent aucun effet juridique. Celui qui volontairement les exécute ne fait point un *paiement ;* il fait une *donation*, soumise, quant aux formes et quant au fond, aux règles ordinaires des libéralités (1). Qu'on suppose que *Primus*, qui est fort riche, livre 10,000 fr. à son frère, qui est fort pauvre, malade et impuissant à soutenir sa famille : *Primus* a satisfait à un devoir de piété, de parenté ou d'honneur ; mais l'accomplissement de cette obligation ne constitue pas un *paiement* aux yeux du Code ; c'est une *donation*, qui est *révocable* pour cause de survenance d'enfant et pour cause d'ingratitude, *réductible* si elle dépasse la quotité disponible, ou *rapportable* si le frère qui l'a reçue succède à son frère qui l'a faite.

Comment peut-on définir l'obligation naturelle dont l'exécution volontaire constitue un *paiement ?*

L'obligation *naturelle*, dont l'exécution volontaire est considérée par le Code comme un *paiement*, est, je crois, mal à propos appelée *naturelle ;* c'est une véritable obligation *civile*, mais qui ne donne point d'action, parce que son exécution forcée exigerait des preuves dont l'admission serait dangereuse pour l'ordre public, ou qu'il serait impossible de faire. On peut la définir une obligation *civile*, dont l'efficacité juridique est paralysée par l'effet d'une présomption légale, au bénéfice de laquelle le débiteur peut volontairement renoncer, contre laquelle la loi n'admet d'autre preuve que l'aveu de l'obligé. Telle est la présomption légale qui répute inefficace l'obligation du mineur, de l'interdit, de la femme mariée non autorisée ; telles sont encore l'autorité de la chose jugée et la prescription, qui sont des présomptions légales de la non-existence ou de l'extinction de la dette (2). Quelques exemples mettront ce système en lumière.

Quels exemples de ces obligations peut-on citer ?

Un mineur, un jeune homme de dix-huit ans, emprunte une somme d'argent : ce mineur est-il valablement, *civilement*, obligé ?

(1) J'ai exposé cette doctrine dans un mémoire resté aux archives de l'Ecole de droit de Paris (ce mémoire obtint un second prix au concours ouvert pour la première fois entre les docteurs et les aspirants au doctorat). Elle est généralement suivie à l'École de Paris. M. Massol (*Des oblig. natur. en droit rom. et en droit franç.*) lui a prêté l'appui de son autorité ; mais M. Demolombe (*Don.*, t. III, nos 38 et s.) la combat. Voy. aussi Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 3 et s.).

(2) L'article du projet du Code ne se servait point de ces mots « obligations *naturelles* ». Il était ainsi conçu : « Le droit de répétition cesse à l'égard *des dettes dont l'obligé pouvait refuser le paiement par suite d'une exception et qu'il a acquittées volontairement.* » Si l'on eût conservé cette rédaction, on eût évité bien des difficultés.

Il le serait évidemment s'il était établi, démontré, qu'il a agi avec discernement, comme aurait pu faire un bon père de famille; mais par quels moyens s'assurer qu'il était, en effet, au moment de l'emprunt, doué d'un discernement assez éclairé pour s'obliger valablement? La loi recule devant les dangers et les difficultés d'une pareille preuve! Elle protége donc le mineur par la présomption légale de son inexpérience, de la faiblesse de sa raison: son obligation est réputée n'être pas valable, parce qu'il est réputé être incapable. Mais, comme, en définitive, il est possible que ce mineur ait été, en fait, capable de s'obliger valablement, la loi lui permet de renoncer, quand il peut le faire en parfaite connaissance de cause, au bénéfice de la présomption qui paralyse le droit du créancier. C'est ce qu'il est censé faire lorsque, devenu majeur, il exécute volontairement l'obligation qu'il a contractée en temps de minorité. Par ce paiement volontaire il reconnaît que son obligation était *civile*: son aveu est la preuve, la seule que la loi admette, de la validité de l'obligation qu'il exécute.

Vous me poursuivez en paiement d'une somme d'argent; un jugement intervient qui rejette votre demande... Vous avez contre moi un titre qui prouve que je vous ai emprunté telle somme; mais trente ans se sont passés sans poursuite de votre part depuis l'exigibilité de la dette dont l'existence est prouvée par le titre que vous m'opposez : votre créance est, par conséquent, prescrite... Dans l'un et l'autre cas, une présomption me protége contre toute action de votre part, présomption en vertu de laquelle la dette dont vous me demandez le paiement est réputée inexistante ou éteinte. Cette présomption peut être injuste, contraire à la vérité; mais comment le prouver? que de difficultés! et surtout que de dangers! La loi, en présence de ces dangers et de ces difficultés, refuse toute action au créancier. Mais, si le débiteur reconnaît volontairement que la présomption qui le protége est contraire à la vérité; s'il avoue qu'il est réellement, civilement, débiteur, cet aveu restitue à l'obligation la force juridique qu'en apparence elle n'avait point. Or, le débiteur qui exécute volontairement l'obligation avoue tacitement son existence : cette exécution constitue l'accomplissement d'une obligation *civile;* et c'est pourquoi la loi la considère, non pas comme une *donation*, mais comme un *paiement*.

Quelle différence y a-t-il entre les obligations *naturelles* dont parle le Code et les obligations *civiles*?

Ainsi, l'obligation naturelle dont parle le Code est une obligation *civile* qui ne donne pas d'action au créancier, parce que la preuve qu'il faudrait en faire serait ou trop difficile ou trop dangereuse, mais qui pourtant existe légalement, civilement, dès l'instant qu'elle est avouée par le débiteur. Elle existe, même avant cet aveu, pour tous ceux qui la reconnaissent volontairement: ainsi, elle peut être valablement payée ou cautionnée par un tiers. Elle produit, en un mot, tous les effets d'une obligation civile, moins l'action.

1310. — Il ne faut pas considérer comme obligation naturelle

celle que la loi réprouve, non pas parce que la preuve en serait ou trop difficile ou dangereuse, mais parce qu'elle est elle-même contraire à la morale ou à l'ordre public: les obligations de cette espèce sont nulles et de nul effet.

Il n'y a point lieu à répétition lorsqu'une dette naturelle a été exécutée *volontairement*: quel est le sens de ce mot *volontairement*?

L'exécution est-elle volontaire par cela seul qu'elle n'est point entachée de dol ou de violence?

1311. — Ainsi, point de répétition lorsqu'une dette naturelle a été *volontairement* payée. Mais que faut-il entendre par ce mot *volontairement?* Quelques personnes pensent que le paiement est *volontaire* par cela seul qu'il a été fait *librement*, et qu'ainsi il n'y a pas lieu à répétition si le créancier qui l'a reçu n'a usé ni de *dol* ni de *violence*. Ce n'est pas mon avis. Sans doute il y a lieu à répétition, le paiement n'est pas valable, lorsqu'il n'a pas été fait *librement;* mais l'absence de *dol* et de *violence* ne suffit pas pour autoriser le créancier à conserver ce qu'il a reçu: il faut, de plus, que le débiteur ait payé *en parfaite connaissance de cause*, sachant bien qu'il ne pouvait pas être contraint à payer. Si, en effet, le paiement qu'il a fait est entaché d'*erreur*, s'il ne l'a fait que parce qu'il se croyait dans la nécessité de le faire, en d'autres termes, parce qu'il était convaincu qu'il était obligé *civilement*, le paiement n'est pas volontaire dans le sens du Code: car il ne contient pas la renonciation à la présomption légale qui protége le débiteur contre la prétention du créancier. Pour moi, le paiement est fait *volontairement* lorsqu'il contient implicitement l'aveu, la reconnaissance de la validité de la dette acquittée; or, cet aveu, on ne le rencontre point dans le paiement qui est entaché d'*erreur: qui errat non consentit*. Vous m'avez poursuivi en paiement d'une somme de...; votre demande a été rejetée. Si je viens vous trouver et que je vous dise: « J'ai pour moi un jugement; je puis ne pas vous payer; mais je sais que je vous dois réellement, et je vous paie... : » ce paiement est volontaire, il n'y a pas lieu à répétition. Mais, si je vous ai payé, croyant que le jugement qui a été rendu en ma faveur vous a donné gain de cause, ce paiement n'est pas *volontaire;* je puis répéter (voy. l'art. 2056, et surtout l'art. 1338).

Quelle différence y a-t-il entre l'exécution volontaire d'une dette *naturelle* et l'exécution volontaire d'une dette *nulle*?

1312. — Lorsque vous payez *sciemment* une dette *naturelle*, la répétition n'est pas admise; elle ne l'est pas non plus, du moins en général, lorsque vous payez *sciemment* une dette *nulle*, c'est-à-dire une dette qui n'existe ni civilement ni naturellement (articles 1376 et 1377). Mais voyez la différence! La répétition n'est pas admise, dans le premier cas, parce que vous avez fait un *paiement;* dans le second, parce que vous avez fait une *donation* déguisée sous l'apparence d'un paiement (voy. les nos 1674 et 1675): la première opération est *à titre onéreux*, la seconde *à titre gratuit*.

Art. 1236.

Par qui le paiement peut-il être fait?

1313. — II. *Par qui le paiement peut être fait.* — Il peut l'être:

Quels sont les tiers qui sont intéressés à payer la dette?

1° *Par le débiteur.* — Lorsque c'est le débiteur qui paie, le paiement éteint la dette avec tous ses accessoires, cautionnements, gages, hypothèques ou priviléges (voy. les Form. 481 à 490).

2° *Par un tiers intéressé à payer*, par exemple, par une *caution*, par un *codébiteur solidaire*, afin d'éviter les poursuites du créancier,

par le *tiers détenteur* d'un immeuble hypothéqué à la dette, afin de conserver la possession de l'immeuble. — Le paiement qui est fait par un tiers intéressé à éteindre la dette entraîne de plein droit, du moins en général, le bénéfice de la *subrogation* (voy. l'article 1251-3°). — La subrogation est une fiction de droit, en vertu de laquelle le tiers qui paie est censé avoir *acheté* la créance plutôt que l'avoir *acquittée :* le tiers subrogé succède donc aux droits du créancier originaire. En conséquence, deux actions lui sont ouvertes pour recouvrer ce qu'il a déboursé : 1° une action qui est née dans sa personne, l'action de mandat ou de gestion d'affaires; 2° l'action du créancier originaire, avec toutes ses garanties. Mais, comme ces deux actions tendent au même but, le recouvrement de ses déboursés, dès qu'il est satisfait en exerçant l'une d'elles, l'autre s'éteint (voy. les nos 1343 et 1345).

Le paiement fait par le débiteur et le paiement fait par un tiers intéressé à payer produisent-ils les mêmes effets?

3° « *Par un tiers non intéressé à payer, pourvu qu'il agisse* AU NOM ET EN L'ACQUIT *du débiteur, ou que, s'il agit* EN SON NOM PROPRE, *il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.* » — Cette disposition est fort obscure : essayons pourtant de l'expliquer.

Le paiement peut-il être fait par un tiers non intéressé à payer? Quelles distinctions la loi fait-elle à cet égard?

Remarquons d'abord qu'elle renferme deux hypothèses différentes. Il s'agit, dans la première, d'un tiers qui offre de payer et paie *au nom et en l'acquit du débiteur;* dans la seconde, d'un tiers qui offre de payer et paie *en son propre nom.* Fixons-nous bien sur le sens de ces formules : payer *au nom du débiteur...* payer *en son propre nom...*

Qu'est-ce que payer *au nom et en l'acquit* du débiteur? Qu'est-ce que payer *en son nom propre* la dette d'autrui?

Payer *au nom et en l'acquit du débiteur*, c'est, ainsi que le disent Renusson et Dumoulin, payer *dans l'intérêt du débiteur;* c'est vouloir rendre sa condition meilleure, en écartant un créancier rigoureux ou impatient... Payer *en son propre nom* la dette d'autrui, c'est, Renusson et Dumoulin le disent encore, payer, non plus dans l'intérêt du débiteur, mais dans le sien propre ; c'est payer uniquement dans le but de se substituer au lieu et place du créancier, c'est vouloir faire sa propre affaire. — Cela posé, reprenons nos deux hypothèses.

Si le paiement est offert par un tiers non intéressé à payer, mais agissant au nom et en l'acquit du débiteur, le créancier est-il obligé de le recevoir? *Quid*, s'il le refuse? Ce paiement est-il, comme celui qui est fait par un tiers intéressé à payer, accompagné de plein droit de la subrogation? Celui qui le fait peut-il stipuler la subrogation?

1314. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE. Un tiers, complétement étranger à la dette, offre de la payer *au nom et en l'acquit du débiteur.* — Le créancier est obligé d'accepter le paiement qui lui est offert; s'il le refuse, le tiers qui est disposé à payer peut lui faire des offres réelles et consigner les fonds offerts, conformément aux articles 1257 et suivants.

Ce paiement n'est pas *de plein droit* accompagné de la subrogation : il éteint la dette avec tous ses accessoires. Le tiers qui l'a fait n'a, par conséquent, pour recouvrer ses déboursés, qu'une simple action de gestion d'affaires.

Mais le tiers ne peut-il pas, en payant, stipuler expressément la subrogation? Sans doute! Car, d'une part, l'art. 1250-1° permet au créancier de subroger le tiers qui le paie ; et, d'autre part, la prohibition de notre art. 1236 : *pourvu qu'il ne soit pas subrogé*, ne se rapporte qu'à notre seconde hypothèse.

Remarquons bien que le créancier n'est pas obligé de recevoir le paiement qui lui est offert *sous condition de subrogation* : il peut l'accepter avec cette condition, mais on ne peut pas la lui imposer. L'art. 1250-1°, combiné, d'une part, avec le 2e du même article, et, d'autre part, avec l'art. 1251, montre, effectivement, qu'en dehors des cas où la subrogation a lieu *de plein droit* ou *en vertu d'une convention faite avec le débiteur*, le tiers qui paie ne peut l'acquérir qu'en la *stipulant du créancier, en traitant avec lui*, ce qui exclut toute idée de subrogation *judiciaire*, de subrogation obtenue contre le gré du créancier.

Dans ce cas, le créancier est-il obligé de le recevoir ?

1315. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. Un tiers, étranger à la dette, offre de payer *en son propre nom*. — Ce paiement, si le créancier l'accepte, éteint la dette avec tous ses accessoires. Le tiers qui l'a fait n'a, pour rentrer dans ses déboursés, qu'une simple action *de in rem verso* (voy., sur cette action, les nos 1320 à 1322; voy. aussi le no 1668), fondée sur le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui : ainsi, le débiteur ne lui doit que ce dont il s'est enrichi par suite du paiement.

Le paiement fait par un tiers non intéressé à payer et agissant *en son propre nom* éteint-il la dette comme tout autre paiement ? En d'autres termes, est-ce un paiement *ordinaire* ? La loi répond affirmativement, mais elle ajoute : *pourvu que celui qui l'effectue ne soit point subrogé aux droits du créancier*. Quel est le sens de cette restriction, *pourvu qu'il ne soit point subrogé* ?

Reste maintenant à expliquer ces derniers mots de notre article : « *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.* » Il y a dans cette restriction deux théories, dont la seconde est comme la conséquence de la première.

Le paiement fait par un tiers agissant en son propre nom, c'est-à-dire dans son intérêt personnel, est un véritable *paiement* : il éteint la dette avec tous ses accessoires. Mais, si le tiers stipule et si le créancier accorde la subrogation, l'opération qui intervient entre eux n'est plus un *paiement* : c'est une *cession*, déguisée sous l'apparence trompeuse d'un paiement avec subrogation. En effet, payer avec subrogation, c'est payer pour l'avantage et l'utilité du débiteur, *pour le libérer* : c'est venir à son secours, tout en prenant ses mesures pour que le bon office que l'on consent à lui rendre ne tourne pas à notre préjudice (voy. les nos 1355-2° et 1357). Or, dans l'espèce, le tiers qui a payé ne s'est pas préoccupé le moins du monde de l'intérêt du débiteur : son but n'a pas été de venir à son secours en le libérant, d'empêcher des poursuites en écartant un créancier rigoureux, de rendre sa condition meilleure en l'affranchissant des charges réelles qui nuisaient à son crédit. Loin de vouloir *éteindre* la créance, il a entendu l'*acquérir*. Il n'a eu en vue que son intérêt personnel. Le débiteur n'a, en effet, retiré de ce paiement aucun profit direct ou indirect. De son côté, le créancier qui l'a reçu a disposé de sa créance pour son utilité particulière. C'est donc un *négoce* qui est intervenu entre le tiers qui a fait ce prétendu paiement et le créancier qui l'a reçu, un véritable *transport de la créance*. Qu'importe qu'ils aient qualifié leur opération de *paiement avec subrogation* ? c'est une qualification mensongère ou au moins inexacte.

Telle est la première théorie contenue dans la restriction : *pourvu qu'il ne soit pas subrogé*. Elle a été présentée par

M. Bigot-Préameneu, dans son *Exposé de motifs* sur l'art. 1236.

Voici maintenant la seconde. Un tiers intéressé à l'extinction de la dette, par exemple une caution, peut valablement payer, *même contre le gré du créancier;* le même droit appartient à un tiers non intéressé, pourvu qu'il paie au nom et en l'acquit du débiteur, ou, lorsqu'il agit en son propre nom, pourvu qu'il *n'exige point que le créancier le subroge à ses droits* (1). Dans ce dernier cas, c'est-à-dire lorsque le tiers qui offre de payer dans son intérêt personnel requiert la subrogation, le créancier ne peut pas être contraint de recevoir; il ne peut pas y être contraint, parce que l'offre qui lui est faite n'est pas l'offre d'un *paiement :* en réalité, ce qu'on lui propose, c'est d'*acheter* sa créance et de lui en payer le prix.

Cette seconde théorie, qui est comme la conséquence de la première, a été exposée par M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat.

1316. — En résumé:

En résumé, quel est l'effet du paiement fait : 1° par le débiteur?

1° Paiement fait par le débiteur : — la dette est éteinte avec tous ses accessoires.

2° Par un tiers intéressé à payer?

2° Paiement fait par un tiers intéressé à l'extinction de la dette, par exemple par une caution : — ce paiement est, de plein droit, accompagné de subrogation. Le tiers qui l'a fait a deux actions pour exercer son recours : 1° une action née dans sa personne, l'action de mandat ou de gestion d'affaires; 2° l'action du créancier originaire.

3° Par un tiers non intéressé, agissant au nom et en l'acquit du débiteur?

3° Paiement fait *au nom et en l'acquit du débiteur*, par un tiers étranger à la dette : — ce paiement n'est pas de plein droit accompagné de subrogation, il éteint donc la dette avec tous ses accessoires. En conséquence, le tiers qui l'a fait n'a, pour exercer son recours, qu'une simple action de gestion d'affaires. Toutefois il peut, si le créancier y consent, se faire subroger à ses droits; auquel cas il a deux actions, celle qui lui appartient de son chef et l'action de l'ancien créancier.

4° Par un tiers non intéressé, agissant en son propre nom?

4° Paiement fait, *en son propre nom*, par un tiers étranger à la dette : — ce paiement éteint la dette avec tous ses accessoires, celui qui l'a fait n'a contre le débiteur qu'une action *de in rem verso*. S'il stipule et si le créancier consent la subrogation, l'opération intervenue entre eux n'est pas un paiement; c'est un véritable *achat*, une véritable *cession* de la créance : le tiers alors n'a qu'une seule action contre le débiteur, celle du créancier dont il a pris la place.

Le créancier peut-il être contraint de recevoir le paiement qui lui est offert par un

1317. — Ainsi, le créancier ne peut jamais être forcé de recevoir le paiement quand celui qui l'offre exige la subrogation (2).

(1) De là on pourrait conclure que le créancier, quand le tiers qui offre de payer agit au nom et en l'acquit du débiteur, est obligé de recevoir le paiement, lors même qu'il lui est offert sous condition de subrogation. Mais cette conséquence n'est pas admissible : nous avons, en effet, montré, sous le n° 1314, que le créancier ne peut jamais être contraint de subroger le tiers qui offre de le payer.

(2) Mais pourquoi accorder au créancier qui exerce des poursuites à l'effet

Il peut, au contraire, toujours y être contraint lorsqu'il lui est offert *purement et simplement*. Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer si le tiers qui offre de payer sans subrogation agit dans l'intérêt du débiteur ou dans le sien propre. Selon Pothier, le créancier n'était obligé de recevoir que lorsqu'il était établi que le paiement offert serait utile au débiteur. Les rédacteurs du Code ont pensé, sans doute, qu'il fallait couper court aux difficultés que faisait naître autrefois la question de savoir si le tiers qui se présente pour payer agit ou non dans l'intérêt du débiteur (M. Val.).

tiers sous condition de subrogation?

Quid, s'il est offert sans condition de subrogation?

Si celui qui l'offre n'agit pas dans l'intérêt du débiteur, le créancier est-il obligé de le recevoir?

1318. — Quant aux obligations de *faire*, dont je n'ai point encore parlé, la question de savoir si elles peuvent ou non être acquittées par un tiers contre le gré du créancier se résout par une distinction :

Art. 1237.

Lorsque le paiement d'une obligation de faire est offert par un tiers, le créancier est-il obligé de le recevoir?

Non, le créancier n'est pas obligé de recevoir le paiement qui lui est offert par un tiers, lorsqu'il a un intérêt appréciable à ce que l'obligation soit exécutée par le débiteur lui-même; et c'est le cas le plus fréquent : car les obligations de faire sont le plus souvent contractées *intuitu personæ*, c'est-à-dire en considération des qualités personnelles du débiteur, de sa réputation, de son talent. Ce serait modifier le droit du créancier, et même l'amoindrir d'une manière notable, que de le forcer à recevoir, à la place du travail de son débiteur, le travail d'un tiers moins habile ou moins célèbre. — Oui, il peut être contraint de recevoir, lorsque l'obligation est de telle nature, qu'il lui importe peu que le fait par lui stipulé soit accompli par une personne plutôt que par une autre.

1319. — Nous venons de voir qu'un tiers non intéressé à la dette peut la payer malgré le créancier. Il peut également la payer *malgré le débiteur* (1). Sur ce point, tout le monde est d'accord; mais le tiers qui a payé malgré le débiteur peut-il recourir contre lui? et s'il le peut, par quelle action?

Le tiers qui a payé *malgré* le débiteur peut-il recourir contre lui?

Et s'il le peut, par quelle action exercera-t-il son recours?

Ne faut-il pas, pour résoudre cette question, user de distinctions?

Il faut, pour résoudre cette question, distinguer plusieurs cas.

1320. — PREMIER CAS. Le débiteur s'est opposé au paiement, parce qu'il n'avait aucun intérêt à ce que sa dette fût acquittée par celui qui l'a payée; le tiers, nous supposons ce fait établi, a payé uniquement en vue de son intérêt personnel, soit pour acquérir le droit de tourmenter le débiteur, soit pour placer des fonds dont il était embarrassé. Le créancier ayant reçu ce qui lui est dû, sa créance est éteinte et avec elle la dette du débiteur. Celui-ci a été libéré avec l'argent d'autrui; or, le tiers qui a payé n'ayant

d'être payé le droit de refuser le paiement qui lui est offert, sous condition de subrogation, par un tiers agissant pour l'avantage et l'utilité du débiteur? Sous ce rapport, la loi n'est pas exempte de reproches. (Voy., à ce sujet, mon *Traité de la subrogation*, p. 195 et s. Voy. aussi MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 101; Marc., art. 1236.)

(1) Le peut-il, si le débiteur et le créancier sont d'accord pour s'y opposer? Les auteurs n'examinent point cette question. Voy., sur ce sujet, mon *Traité de la subrogation*, p. 202.

pas, dans l'espèce, agi *animo donandi*, le débiteur s'enrichirait à ses dépens s'il était affranchi de tout recours : le tiers qui a payé a donc le droit de recourir contre lui. Mais par quelle action ? Par l'action de *gestion d'affaires?* Non, car ce n'est pas gérer les affaires du débiteur que de faire pour lui un paiement que son intérêt ne commande pas de faire. Le tiers agira par une action *de in rem verso*, fondée sur le principe que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Le débiteur ne sera tenu que dans la limite du profit qu'il a retiré du paiement : tout ce que la loi veut, c'est qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens de celui qui a payé pour lui. Ainsi, il obtiendra de la justice, non pas seulement des délais *modérés*, conformément à l'art. 1244, mais des délais très-étendus, *s'il prouve qu'il les eût facilement obtenus de son ancien créancier*. Sa dette était-elle sur le point d'être prescrite : l'action *de in rem verso* se prescrira par le laps de temps qui restait à courir pour parfaire la prescription. La prescription courait-elle contre l'ancien créancier : elle continuera de courir contre le tiers qui a payé, *fût-il mineur ou interdit*.

1321. — Second cas. Le paiement, quoique fait *sine animo donandi*, a été fait dans de bonnes vues, pour prévenir ou arrêter des poursuites. Cette hypothèse n'est pas impossible : souvent, en effet, il arrive qu'un débiteur, par un entêtement stupide et grossier, se laisse exproprier ou mettre en prison plutôt que de consentir qu'un parent, un ami, le secoure en désintéressant le créancier. Le paiement, bien qu'il soit fait contre le gré du débiteur, n'en est pas moins un bon office, un acte juste, sage, utile, une *véritable gestion d'affaires*. J'en conclus que le parent ou l'ami qui l'a fait doit avoir contre le débiteur, non pas seulement une action *de in rem verso*, mais une véritable action de gestion d'affaires. Ainsi, le débiteur ne pourra obtenir de la justice que des délais modérés, conformément à l'art. 1244 ; le recours auquel il est soumis ne se prescrira que par trente ans à compter du jour du paiement ; la prescription qui courait contre le créancier originaire sera suspendue, si le tiers qui a payé est plus tard frappé d'interdiction, ou s'il meurt laissant des héritiers mineurs.

1322. — Troisième cas. Le paiement a été fait *animo donandi*. Une sous-distinction est ici nécessaire : est-ce au *débiteur*, est-ce au *créancier*, que le tiers qui a payé a entendu faire une libéralité? Les deux hypothèses sont possibles.

1° Un ami, un parent d'un débiteur obéré, touché de sa position et voulant le secourir, lui offre, *à titre de libéralité*, les fonds dont il a besoin pour payer l'un de ses créanciers qui est sur le point de commencer des poursuites. Fier, il refuse la libéralité qu'on lui offre : que fait alors le tiers généreux qui désire le secourir? « Vous ne voulez pas, lui dit-il, les fonds que je mets à votre disposition! eh bien, je les emploierai à votre profit, je paierai moi-même votre créancier. » — Ce paiement étant fait à titre de libéralité pour le débiteur, celui-ci n'a, dit-on, rien à rendre. Il profite, il est vrai,

des fonds qui ont servi à sa libération ; mais il ne s'enrichit pas aux dépens d'autrui, puisque le tiers qui les a employés a voulu lui en faire cadeau (1).

2° Vous avez pour débiteur une personne insolvable ou peu solvable; votre créance est compromise, et, si vous en obtenez jamais le paiement, ce ne sera que dans un avenir éloigné. Un tiers qui a de l'affection pour vous intervient et vous dit : « Ne vous désespérez point, vous ne perdrez rien ; ce qui vous est dû, je vous le paie : je recouvrerai de votre débiteur ce que j'en pourrai obtenir; je prends à ma charge le risque de son insolvabilité. » — Que le débiteur s'oppose ou ne s'oppose pas à ce paiement, l'opération est toujours la même : un bon office, une libéralité pour le créancier. Il n'y a pas là gestion des affaires du débiteur, car ce n'est pas pour lui et dans son intérêt que le paiement a été fait. Le tiers qui a payé n'acquiert donc pas contre lui une action de gestion d'affaires proprement dite ; il ne peut l'atteindre que par une action *de in rem verso*.

Art. 1238. Quelle capacité faut-il avoir pour payer valablement? La formule : « Pour payer valablement il faut être *propriétaire* de la chose *donnée* en paiement et capable de l'aliéner, » est-elle exacte?

1323. — III. *Quelle capacité est nécessaire chez celui qui paie.* — « Pour payer valablement, il faut être *propriétaire* de la chose *donnée en paiement*, et *capable* de l'aliéner. » Cette disposition a été critiquée. « Si, a-t-on dit, il faut être *propriétaire* de la chose que l'on paie, le dépositaire, l'emprunteur, le locataire ne pourront pas payer valablement, puisqu'ils ne sont point *propriétaires* de la chose qu'ils doivent : elle appartient précisément au créancier à qui ils la doivent. Allons plus loin : le vendeur, le donateur d'un corps certain, ne pourront point non plus payer valablement la chose vendue ou donnée, puisque cette chose, par le seul effet de la vente ou de la donation, appartient déjà à l'acheteur ou au donataire (art. 1138 et 938).

« La règle énoncée est donc trop générale : elle ne peut, évidemment, s'appliquer qu'aux obligations de donner qui ont pour objet une chose déterminée non pas *individuellement*, mais quant à l'*espèce* seulement. Ce sont, en effet, les seules dont l'exécution constitue une *aliénation* (voy. les nos 684 et 1126-3°), et pour lesquelles il est, par conséquent, nécessaire que celui qui les exécute soit propriétaire de la chose qu'il donne en paiement. Il faut donc remplacer la formule de la loi par celle-ci : pour faire un *paiement translatif de propriété*, il faut être propriétaire de la chose qu'on paie et capable de l'aliéner. »

— Je n'admets point cette critique. La formule de la loi dit, en

(1) Mais n'est-ce pas confondre une libéralité *offerte* avec un *contrat* de donation? Il ne peut pas y avoir de donation sans un concours de volontés, sans une offre d'un côté et une acceptation de l'autre. Or, dans l'espèce, le débiteur a repoussé l'offre qui lui était faite, puisqu'il s'est opposé au paiement : donc la donation ne s'est point formée, si, avant qu'il ait manifesté l'intention d'accepter la libéralité qui lui a été offerte, le tiers qui a payé retire son offre. Or, n'est-ce pas la retirer tacitement qu'exercer un recours contre le débiteur?

effet, précisément ce qu'on veut qu'elle dise : « Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose *donnée* en paiement... » *Donnée*, c'est-à-dire *aliénée* (voy. les nos 1024 et 1148) en paiement. C'est absolument comme si elle avait dit : Pour exécuter l'obligation de *donner*, c'est à-dire l'obligation de *transférer la propriété*, il faut être propriétaire de la chose qu'on paie et capable de l'aliéner. — Je vous ai vendu un cheval *in genere ;* je vous livre un cheval que j'ai volé : le paiement n'est pas valable.

1324. — Quant à la sanction de notre règle, deux hypothèses sont à considérer.

Je suppose un paiement fait par une personne qui n'est pas propriétaire de la chose payée : celui à qui elle appartient peut-il en évincer le créancier ?

1° *Paiement fait par une personne qui n'est point* PROPRIÉTAIRE *de la chose payée.* — Notre art. 1238 ne règle point les rapports du créancier avec la personne à qui appartient la chose payée ; ces rapports sont régis par le droit commun. Ainsi, le propriétaire peut revendiquer sa chose et en évincer le créancier qui la détient, à moins que ce dernier ne l'ait acquise par l'effet de la règle *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279), ou par l'effet d'une prescription.

Nous n'avons donc à nous occuper que des rapports du débiteur avec le créancier.

Le créancier peut-il demander la nullité de ce paiement ?

En ce qui touche le créancier, le paiement n'est pas valable et ne peut pas lui être opposé. De là pour lui le droit de réclamer un nouveau paiement, sous la condition de restituer la chose qui a été payée.

Le peut-il lors même qu'il n'a pas à craindre d'être évincé de la chose qui lui a été payée ?

Mais peut-il encore exercer ce droit s'il est à l'abri de toute éviction, je veux dire s'il est à même de repousser la revendication du propriétaire en lui opposant soit une prescription, soit la règle, *En fait de meubles, la possession vaut titre ?* Vous m'avez vendu un cheval *in genre,* vous m'en livrez un qui ne vous appartient pas, dont vous étiez seulement dépositaire : je n'ai pas à craindre d'éviction, car la règle, *En fait de meubles, la possession vaut titre*, me protége contre la revendication du propriétaire. Puis-je néanmoins demander la nullité de ce paiement, et en exiger un nouveau ? Quelques personnes soutiennent la négative. « Du moment, disent-elles, que le créancier n'a à craindre aucune éviction, il n'a aucun intérêt à demander la nullité du paiement, et sans intérêt point d'action ! » Je n'admets point ce système. Sans doute, dans l'espèce, le créancier peut, s'il le veut, conserver la chose qui lui a été payée ; mais par quel moyen ? En invoquant une prescription ! Or, si ce moyen répugne à sa conscience, pourquoi le contraindre de l'employer ? Ce serait tourner *contre lui* un droit établi *en sa faveur ;* ce serait violer, d'ailleurs, l'art. 2220, aux termes duquel il est permis de renoncer, même tacitement, au bénéfice d'une prescription acquise (1).

Le débiteur qui a payé une chose qui

1325. — En ce qui concerne le débiteur, dirons-nous également

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 272; Marc., art. 1238. — *Contrà*, MM. Dur., t. XII, n° 31; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 103.

que le paiement n'est pas valable, et qu'en conséquence il a droit de répéter la chose payée, sous la condition d'en offrir une autre qui lui appartienne?

ne lui appartenait pas peut-il demander la nullité du paiement?

Si nous ne consultions que les principes généraux, nous dirions : Non, il ne peut pas répéter la chose payée; il ne peut pas en évincer le créancier, puisqu'il est garant de l'éviction : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Le Code a suivi un autre système : le débiteur peut répéter la chose payée, *si elle existe encore dans les mains du créancier.* Si, au contraire, ce dernier l'a consommée de bonne foi, tout est définitif et irrévocable. Ainsi, le débiteur peut dire au créancier : « Je vous ai, par erreur, payé une chose appartenant à autrui. En voici une qui m'appartient : rendez-moi, *si vous l'avez encore*, celle que je vous ai payée, afin que je puisse la restituer à son véritable propriétaire. Autrement, vous m'exposeriez à un recours en dommages et intérêts, et l'équité vous fait un devoir de ne pas me laisser exposé à ce danger. »

1326. — 2° *Paiement fait par une personne qui est propriétaire de la chose payée, mais qui est* INCAPABLE *de l'aliéner.* — *Quant au créancier,* le paiement est valable : car, aux termes de l'art. 1125, les personnes capables n'ont point qualité pour demander la nullité des actes qu'elles ont faits en traitant avec une personne incapable. Si donc le mineur ou l'interdit qui a payé ne demande point la nullité du paiement, tout est régulier.

Je suppose un paiement fait par une personne qui est propriétaire de la chose payée, mais qui est *incapable de l'aliéner* : le créancier peut-il en demander la nullité?

Ainsi, le paiement fait par une personne qui *n'était point propriétaire* de la chose payée n'est pas valable *contre* le créancier (voy. le n° 1324); il est, au contraire, obligé de le subir lorsqu'il est fait par une personne qui était *propriétaire* de la chose payée, mais *incapable* de l'aliéner.

Quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui où la chose a été payée par une personne capable d'aliéner, mais qui n'était pas propriétaire de la chose payée?

De là, au point de vue des risques de la chose payée, une différence marquée entre les deux cas. Dans le premier, si la chose payée périt par cas fortuit, elle périt *pour le débiteur*, qui reste obligé d'en fournir une autre. « Le paiement que vous m'avez fait, peut dire le créancier, *n'était pas valable* : votre dette subsiste donc encore : payez-la ! » Dans le second cas, au contraire, elle périt *pour le créancier*. « Le paiement que je vous ai fait, peut dire le débiteur, est valable : car je le tiens pour bon, ce que je puis faire, puisque j'ai, moi seul, le droit d'en demander la nullité : dès que je renonce à ce droit, tout est régulier. »

1327. — *Quant au débiteur*, le paiement, en principe, n'est pas valable : le débiteur peut répéter la chose payée, sous la condition d'en offrir une autre.

Le débiteur qui n'est pas capable d'aliéner peut-il demander la nullité du paiement qu'il a fait et se faire rendre la chose qu'il a payée?

Mais, dira-t-on, quel intérêt a-t-il à faire prononcer la nullité du paiement? la loi suppose qu'il a payé une dette valable; or, qui paie ses dettes s'enrichit!

Quel intérêt a-t-il à demander la nullité du paiement et à se faire rendre la chose payée?

Le plus souvent, en effet, le débiteur n'aura aucun intérêt à répéter. Mais le contraire peut arriver dans plusieurs cas :

1° Il est possible qu'il ait payé avant l'exigibilité de la dette :

effet, précisément ce qu'on veut qu'elle dise : « Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose *donnée* en paiement... » *Donnée*, c'est-à-dire *aliénée* (voy. les nos 1024 et 1118) en paiement. C'est absolument comme si elle avait dit : Pour exécuter l'obligation de *donner*, c'est à-dire l'obligation de *transférer la propriété*, il faut être propriétaire de la chose qu'on paie et capable de l'aliéner. — Je vous ai vendu un cheval *in genere ;* je vous livre un cheval que j'ai volé : le paiement n'est pas valable.

1324. — Quant à la sanction de notre règle, deux hypothèses sont à considérer.

Je suppose un paiement fait par une personne qui n'est pas propriétaire de la chose payée : celui à qui elle appartient peut-il en évincer le créancier ?

1° *Paiement fait par une personne qui n'est point* PROPRIÉTAIRE *de la chose payée.* — Notre art. 1238 ne règle point les rapports du créancier avec la personne à qui appartient la chose payée ; ces rapports sont régis par le droit commun. Ainsi, le propriétaire peut revendiquer sa chose et en évincer le créancier qui la détient, à moins que ce dernier ne l'ait acquise par l'effet de la règle *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279), ou par l'effet d'une prescription.

Nous n'avons donc à nous occuper que des rapports du débiteur avec le créancier.

Le créancier peut-il demander la nullité de ce paiement ?

En ce qui touche le créancier, le paiement n'est pas valable et ne peut pas lui être opposé. De là pour lui le droit de réclamer un nouveau paiement, sous la condition de restituer la chose qui a été payée.

Le peut-il lors même qu'il n'a pas à craindre d'être évincé de la chose qui lui a été payée ?

Mais peut-il encore exercer ce droit s'il est à l'abri de toute éviction, je veux dire s'il est à même de repousser la revendication du propriétaire en lui opposant soit une prescription, soit la règle, *En fait de meubles, la possession vaut titre ?* Vous m'avez vendu un cheval *in genre,* vous m'en livrez un qui ne vous appartient pas, dont vous étiez seulement dépositaire : je n'ai pas à craindre d'éviction, car la règle, *En fait de meubles, la possession vaut titre*, me protége contre la revendication du propriétaire. Puis-je néanmoins demander la nullité de ce paiement, et en exiger un nouveau ? Quelques personnes soutiennent la négative. « Du moment, disent-elles, que le créancier n'a à craindre aucune éviction, il n'a aucun intérêt à demander la nullité du paiement, et sans intérêt point d'action ! » Je n'admets point ce système. Sans doute, dans l'espèce, le créancier peut, s'il le veut, conserver la chose qui lui a été payée ; mais par quel moyen ? En invoquant une prescription ! Or, si ce moyen répugne à sa conscience, pourquoi le contraindre de l'employer ? Ce serait tourner *contre lui* un droit établi *en sa faveur ;* ce serait violer, d'ailleurs, l'art. 2220, aux termes duquel il est permis de renoncer, même tacitement, au bénéfice d'une prescription acquise (1).

Le débiteur qui a payé une chose qui

1325. — En ce qui concerne le débiteur, dirons-nous également

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 272; Marc., art. 1238. — *Contrà*, MM. Dur., t. XII, n° 31; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 103.

que le paiement n'est pas valable, et qu'en conséquence il a droit de répéter la chose payée, sous la condition d'en offrir une autre qui lui appartienne?

Si nous ne consultions que les principes généraux, nous dirions : Non, il ne peut pas répéter la chose payée; il ne peut pas en évincer le créancier, puisqu'il est garant de l'éviction : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Le Code a suivi un autre système : le débiteur peut répéter la chose payée, *si elle existe encore dans les mains du créancier*. Si, au contraire, ce dernier l'a consommée de bonne foi, tout est définitif et irrévocable. Ainsi, le débiteur peut dire au créancier : « Je vous ai, par erreur, payé une chose appartenant à autrui. En voici une qui m'appartient : rendez-moi, *si vous l'avez encore*, celle que je vous ai payée, afin que je puisse la restituer à son véritable propriétaire. Autrement, vous m'exposeriez à un recours en dommages et intérêts, et l'équité vous fait un devoir de ne pas me laisser exposé à ce danger. »

ne lui appartenait pas peut-il demander la nullité du paiement?

1326. — 2° *Paiement fait par une personne qui est propriétaire de la chose payée, mais qui est* INCAPABLE *de l'aliéner.* — *Quant au créancier*, le paiement est valable : car, aux termes de l'art. 1125, les personnes capables n'ont point qualité pour demander la nullité des actes qu'elles ont faits en traitant avec une personne incapable. Si donc le mineur ou l'interdit qui a payé ne demande point la nullité du paiement, tout est régulier.

Je suppose un paiement fait par une personne qui est propriétaire de la chose payée, mais qui est *incapable de l'aliéner* : le créancier peut-il en demander la nullité?

Ainsi, le paiement fait par une personne qui *n'était point propriétaire* de la chose payée n'est pas valable *contre* le créancier (voy. le n° 1324); il est, au contraire, obligé de le subir lorsqu'il est fait par une personne qui était *propriétaire* de la chose payée, mais *incapable* de l'aliéner.

Quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui où la chose a été payée par une personne capable d'aliéner, mais qui n'était pas propriétaire de la chose payée?

De là, au point de vue des risques de la chose payée, une différence marquée entre les deux cas. Dans le premier, si la chose payée périt par cas fortuit, elle périt *pour le débiteur*, qui reste obligé d'en fournir une autre. « Le paiement que vous m'avez fait, peut dire le créancier, *n'était pas valable* : votre dette subsiste donc encore : payez-la ! » Dans le second cas, au contraire, elle périt *pour le créancier*. « Le paiement que je vous ai fait, peut dire le débiteur, est valable : car je le tiens pour bon, ce que je puis faire, puisque j'ai, moi seul, le droit d'en demander la nullité : dès que je renonce à ce droit, tout est régulier. »

1327. — *Quant au débiteur*, le paiement, en principe, n'est pas valable : le débiteur peut répéter la chose payée, sous la condition d'en offrir une autre.

Le débiteur qui n'est pas capable d'aliéner peut-il demander la nullité du paiement qu'il a fait et se faire rendre la chose qu'il a payée?

Mais, dira-t-on, quel intérêt a-t-il à faire prononcer la nullité du paiement? la loi suppose qu'il a payé une dette valable; or, qui paie ses dettes s'enrichit!

Quel intérêt a-t-il à demander la nullité du paiement et à se faire rendre la chose payée?

Le plus souvent, en effet, le débiteur n'aura aucun intérêt à répéter. Mais le contraire peut arriver dans plusieurs cas :

1° Il est possible qu'il ait payé avant l'exigibilité de la dette :

il peut alors répéter la chose ou la somme payée, afin d'en jouir jusqu'à l'échéance du terme.

2° Lorsque la dette a pour objet une chose déterminée *quant à l'espèce seulement*, le débiteur peut, aux termes de l'art. 1246, se libérer en payant une chose d'une valeur ordinaire : si donc il a imprudemment payé une chose d'un très-grand prix, il peut la répéter, afin de se libérer en payant une chose d'une valeur ordinaire.

3° L'incapable qui, étant débiteur de deux choses sous une alternative, *à son choix*, a payé celle des deux qui vaut le mieux, peut se la faire rendre et se libérer en payant celle qui vaut le moins.

Peut-il toujours la demander?

1328. — *En principe*, ai-je dit, l'incapable peut demander la nullité du paiement qu'il a fait, et répéter la chose qu'il a payée. Y a-t-il donc quelque cas où ce droit cesse? Oui, notre article en indique un. Ce droit cesse lorsque la chose payée a été *consommée de bonne foi* par le créancier.

Pourquoi ne le peut-il pas quand le créancier a consommé de bonne foi la chose qui lui a été payée?

La décision de la loi sur ce point est-elle conforme à la justice et aux principes de notre droit?

Quant à justifier cette disposition, cela me semble impossible. Qu'on suppose que l'incapable, débiteur sous une alternative, *à son choix*, de deux choses, dont l'une vaut 1,000 fr., et l'autre 1,500 fr., ait imprudemment payé celle qui vaut le plus : si la chose existe encore entre les mains du créancier, le débiteur a le droit de la reprendre et de payer celle qui vaut le moins; mais, si le créancier l'a consommée *de bonne foi*, le débiteur n'a rien à réclamer. Le débiteur perd et le créancier gagne, par suite de cette consommation, une valeur de 500 fr.! Est-ce juste? Quelle raison y a-t-il de faire bénéficier le créancier de l'inexpérience de l'incapable? Sa bonne foi ne saurait légitimer le gain qu'on lui fait faire aux dépens d'autrui. Il est d'ailleurs en faute : il aurait dû savoir que le débiteur qui a payé était incapable (art. 1307). — Il faut bien le reconnaître, il y a là un abandon malheureux des principes (1). Dans une législation bien faite, on eût accordé à l'incapable une action personnelle pour obtenir du créancier la restitution du gain qu'il a fait à ses dépens (M. Val.).

Quid, si le créancier l'a consommée de mauvaise foi?

1329. — Le créancier qui a consommé *de mauvaise foi* la chose payée peut être actionné, par action personnelle, à l'effet d'indemniser l'incapable du préjudice qu'il lui a causé en détruisant la chose sujette à répétition.

Art. 1239 et 1241.

1330. — IV. *A qui le paiement doit être fait.* — Le paiement peut être valablement fait : 1° au créancier lui-même, s'il est capable de le recevoir; 2° à son mandataire; 3° au possesseur de la créance. — Fait à toute autre personne, il est nul.

A qui le paiement doit-il être fait?

(1) Peut-être la loi a-t-elle entendu exclure seulement la *revendication*, d'après la règle *res extinctæ vindicari non possunt*. Dans ce système, notre article serait étranger à la question de savoir si l'incapable n'a pas le droit d'agir contre le créancier par action *personnelle*, pour obtenir de lui la réparation du préjudice qu'il lui a causé, en consommant la chose sujette à répétition; cette action personnelle aurait son principe dans l'art. 1382, aux termes duquel quiconque, par sa faute, cause un dommage, est obligé de le réparer.

1° *Paiement fait au créancier lui-même.* — Ce paiement n'est valable qu'autant que le créancier qui le reçoit est capable d'*aliéner*. Celui-là, en effet, *aliène* qui donne quittance : il aliène sa créance.

Ainsi, le paiement fait à un créancier incapable, par exemple, à un créancier mineur ou interdit, est *nul* : il ne procure point au débiteur sa libération. Le créancier qui l'a reçu reste créancier, et, par conséquent, maître de réclamer un second paiement.

Toutefois, la loi apporte un tempérament à cette règle : le débiteur, bien qu'il ait payé entre les mains d'un incapable, n'est pas tenu de payer une seconde fois s'il prouve *que la chose payée a tourné au profit du créancier qui l'a reçue* (art. 1312), c'est-à-dire s'il prouve que le paiement a eu les mêmes résultats, ou des résultats aussi avantageux, que ceux qu'il eût produits s'il eût été fait régulièrement.

Quelle capacité faut-il avoir pour recevoir valablement le paiement de ce qui nous est dû ?

Celui qui reçoit un paiement aliène-t-il quelque chose?

Le créancier incapable qui a reçu ce qui lui est dû peut-il exiger un nouveau paiement ?

Le peut-il toujours ?

1331. — Le paiement fait à un incapable est susceptible de *ratification*, et la ratification efface le vice dont il était infecté dans le principe. — La ratification peut être faite, soit par l'incapable lui-même suffisamment autorisé ou devenu capable, soit par son représentant. Ainsi, le paiement d'un capital reçu par un mineur émancipé, sans l'assistance de son curateur (art. 482), peut être ratifié par l'émancipé lui-même, mais avec l'assistance de son curateur, ou par l'émancipé seul après qu'il a atteint sa majorité. Le paiement reçu par un mineur non émancipé peut l'être, soit par le mineur lui-même, en temps de majorité, soit, en temps de minorité, par son tuteur.

Le paiement reçu par un incapable est-il susceptible de ratification?

Qui peut le ratifier ?

1332. — A défaut de ratification, le débiteur qui a imprudemment payé entre les mains d'un incapable paiera une seconde fois, *à moins que le paiement qu'il a fait ne tourne au profit du créancier*. Le voilà donc tourmenté, inquiet; sa fortune est compromise. Si l'incapable emploie à de folles dépenses les fonds qu'il a reçus, ses folies seront payées par le malheureux débiteur ! Faudra-t-il donc qu'il reste indéfiniment exposé à ce danger? N'existe-t-il pour lui aucun moyen de se sauvegarder? Il ne peut pas, cela est évident, demander la nullité du paiement : ce droit n'appartient qu'à l'incapable. Mais ne peut-il pas, au moins, demander que l'incapable, suffisamment autorisé, ou que son représentant ratifie dès à présent le paiement, ou sinon qu'il restitue les fonds qui sont en sa possession ? Cette prétention me semble juste. Aucun texte ne la repousse. Ce n'est pas, en effet, demander la nullité d'un paiement que d'exiger que celui à qui appartient la faculté de le faire annuler ou de le ratifier se prononce dès à présent (M. Val.).

Le débiteur qui a imprudemment payé entre les mains du créancier incapable peut-il exiger ou qu'on ratifie le paiement ou qu'on lui restitue ce qu'il a payé ?

Art. 1242.

1333. — Le paiement fait entre les mains du créancier, au préjudice d'une *saisie-arrêt*, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants : ceux-ci peuvent contraindre le débiteur à payer de nouveau, sauf son recours contre son créancier. Voici l'espèce : Vous me devez 1,000 fr.; Paul, de son côté, vous doit une somme d'argent (ou toute autre valeur mobilière); je saisis sur Paul (on

Le paiement fait entre les mains du créancier au préjudice d'une *saisie-arrêt* est-il valable, c'est-à-dire opposable aux créanciers saisissants?

Quelle est l'espèce prévue?

l'appelle *le tiers saisi*) la somme qu'il vous doit, c'est-à-dire je lui fais savoir, par exploit d'huissier, que je m'oppose à ce qu'il la paie en vos mains. S'il passe outre, le paiement qu'il vous fait n'est pas valable, et je puis le contraindre, si je prouve la validité de ma saisie, à payer entre mes mains la somme que j'avais saisie, sauf à lui à recourir contre vous à l'effet de répéter la somme qu'il vous a imprudemment payée (art. 557 et s., C. pr.).

Le tiers-saisi peut-il valablement payer à son créancier l'excédant de la somme saisie sur celle qui est due au créancier saisissant?

1334. — Le tiers saisi peut-il valablement, et sans danger pour lui, payer à son créancier l'excédant de la somme saisie sur celle qui est due au créancier saisissant? Vous me devez 1,000 fr., et je saisis 1,500 fr. entre les mains de Paul, votre débiteur : celui-ci peut-il vous payer valablement la différence existant entre la somme qu'il vous doit et celle qui m'est due, 500 fr.?

A première vue, l'affirmative n'est point douteuse. « Cependant, dit-on, le tiers saisi agirait imprudemment en faisant ce paiement, et voici pourquoi : le créancier qui, le premier, pratique une saisie, n'acquiert, par le fait de l'antériorité de sa poursuite, aucun droit de préférence sur les deniers qu'il place sous la main de la justice (art. 579, C. pr.); si d'autres créanciers pratiquent, en temps utile, de nouvelles saisies, les fonds sont distribués, au marc le franc, entre le premier saisissant et les saisissants postérieurs. Or, plus est grosse la somme saisie, plus est fort le dividende du premier saisissant : de là, pour le tiers saisi, l'obligation de ne pas amoindrir, par un paiement partiel, la somme à distribuer. S'il le fait, c'est à ses risques et périls. Le créancier saisissant, n'en devant point souffrir, pourra exiger une indemnité égale à la différence existant entre le dividende qu'il a reçu et celui qui lui eût été attribué si le paiement partiel n'eût pas eu lieu. Soient donc une somme de 1,500 fr. saisie par un créancier auquel il est dû 1,000 fr., un paiement partiel de 500 fr. fait par le tiers saisi à son créancier, et enfin, postérieurement à ce paiement, une seconde saisie pratiquée à la requête d'un autre créancier auquel il est dû également 1,000 fr. : le premier saisissant dira au tiers saisi : Si vous fussiez resté débiteur de la somme de 1,500 fr., je recevrais un dividende de 750 fr.; je ne reçois qu'un dividende de 500 fr. par suite du paiement partiel que vous avez fait; c'est un préjudice de 250 fr. que vous m'avez causé par votre fait : vous m'en devez réparation. »

Le paiement fait entre les mains du mandataire du créancier est-il valable?

1335. — 2° *Paiement fait au mandataire du créancier* (voy. la Form. 485). — Ce mandataire peut être conventionnel, légal ou judiciaire.

Mandataire conventionnel. — Le paiement fait entre ses mains est réputé fait au créancier lui-même. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut :

Quid, s'il a été fait entre les mains d'un mandataire qui avait cessé de l'être?

1° Que le mandat dure encore à l'époque du paiement. Cependant, si le créancier n'a pas pris les mesures nécessaires pour que le débiteur soit instruit de la révocation ou de la cessation du mandat, le paiement fait de bonne foi entre les mains de l'ex-man-

dataire ne peut pas être critiqué. Le créancier, qui est en faute, doit le respecter, sauf à recourir contre son ex-mandataire (voy., t. III, les nos 1117 et 1118).

Ou entre les mains d'un faux mandataire?

2° Que celui qui a reçu le paiement l'ait reçu en vertu d'un pouvoir réel et régulier. Ainsi, le paiement est nul lorsqu'il est fait entre les mains d'un faux mandataire, c'est-à-dire d'un tiers qui s'est présenté au débiteur, muni d'un faux pouvoir. Dans ce cas, en effet, le créancier n'est pas en faute. C'est au débiteur contre le quel cette escroquerie a été dirigée, et qui n'a pas su s'y soustraire, à supporter les conséquences de son imprudente confiance; et, fût-il exempt d'imprudence, ce serait encore à lui à souffrir du délit qui a été commis : car quelle raison invoquerait-il pour en rejeter les effets sur le créancier (1)?

Quelle différence y a-t-il entre un mandataire ordinaire et un *adjectus solutionis gratiâ*?

— Il arrive quelquefois que les parties, en contractant, conviennent que le débiteur pourra se libérer en payant entre les mains soit du créancier, soit d'une tierce personne désignée. Le mandataire nommé par le contrat même qui donne naissance à l'obligation s'appelle *adjectus solutionis gratiâ*. Il ne faut pas le confondre avec le mandataire ordinaire. Celui-ci peut être révoqué au gré du créancier, et, après sa révocation, le débiteur ne peut plus payer utilement entre ses mains. Il n'en est pas de même de l'*adjectus solutionis gratiâ* : le débiteur, au moment du contrat, a stipulé le droit de se libérer en payant entre les mains de la tierce personne désignée pour recevoir le paiement; cette faculté ne peut pas lui être enlevée capricieusement par le fait du créancier.

Le mandat en vertu duquel une personne peut recevoir pour le créancier est-il toujours *conventionnel*?

Mandataire légal. — On peut citer, à titre d'exemples, le tuteur, qui représente le mineur ou l'interdit (art. 450 et 509); le père administrateur, qui, pendant le mariage, représente ses enfants mineurs (art. 389); et enfin le mari, qui, dans certains cas, représente sa femme (art. 1428, 1531, 1549).

Mandataire judiciaire. — Tels sont, par exemple, le curateur donné à un créancier *absent*, conformément à l'art. 112; l'administrateur désigné pour administrer provisoirement les biens de la personne dont l'interdiction est provoquée, conformément à l'art. 497.

Art. 1240.

1336. — 3° *Paiement fait au possesseur de la créance.* — Le paiement fait de bonne foi entre les mains d'un *tiers* est valable lorsque le tiers qui l'a reçu était, au moment où il a été fait, *possesseur de la créance.*

Ne peut-il pas se faire que le paiement soit valable, bien qu'il soit fait à une personne qui n'est ni le créancier ni son mandataire?

Que faut-il entendre par *possesseur de la créance*?

J'appelle *possesseur de la créance* celui qui se trouve dans une position telle, qu'on peut naturellement et légitimement croire que la créance lui appartient; en d'autres termes, celui qui, aux yeux du public, passe pour être le véritable créancier. Tel est, par exemple, l'*héritier apparent* du créancier originaire. Ce dernier, je le suppose, a laissé un testament dont on ignore l'existence, et par lequel il a institué un légataire universel; son frère, qui se

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 106; Marc., art. 1239.

croit appelé à sa succession légitime, se met à la tête des biens; il se comporte comme héritier et passe pour tel aux yeux de tous: cet héritier apparent est un *possesseur de la créance*, c'est-à-dire un *créancier putatif*. En réalité, la créance ne lui appartient point, mais *il la possède*, et le débiteur, qui a juste sujet de croire qu'il est le véritable créancier, peut valablement payer entre ses mains, sauf au créancier véritable, dans l'espèce au légataire universel, à recourir, après qu'il aura fait reconnaître ses droits, contre celui entre les mains duquel le paiement a été effectué.

Celui qui détient le *titre* de la créance la possède-t-il ?

Celui-là n'est pas créancier *putatif*, *possesseur de la créance*, qui détient le titre qui la constate; le débiteur qui paie entre ses mains fait un paiement nul. Il n'a pas, en effet, un juste sujet de croire qu'il est le véritable créancier. Il lui aurait dit, s'il eût été prudent : « Ce n'est pas avec vous que j'ai contracté; la créance dont vous réclamez le paiement ne peut vous appartenir qu'en qualité d'*héritier* ou de *cessionnaire* : je ne vous paierai donc qu'autant que vous me représenterez vos titres de succession ou de cession. »

Quid, si le titre est *au porteur?*

Toutefois, le détenteur du titre est un véritable possesseur de la créance lorsque le titre qu'il détient est payable *au porteur*.

Le paiement fait à un tiers qui n'est ni le représentant du créancier ni le possesseur de la créance est il valable ?

1337. — 4° *Paiement fait à un tiers qui n'est ni le représentant du créancier ni le possesseur de la créance.* — Ce paiement n'est pas valable : le débiteur peut donc être forcé de payer une seconde fois, à moins qu'il ne prouve que le créancier a ratifié le paiement, ou, à défaut de ratification, que le paiement a tourné à son profit.

Art. 1243.

Quelle chose doit être payée ?

1338. — V. *Quelle chose doit être payée.* — 1° En principe, c'est la chose *due* qui doit être *payée*. Le débiteur ne peut pas contraindre le créancier à recevoir en paiement une chose autre que celle qui est due. Et il en est ainsi, lors même que la chose offerte est d'une valeur supérieure à celle de la chose que le créancier a stipulée : ce n'est pas au débiteur à se faire juge de l'intérêt que le créancier peut avoir à recevoir telle prestation plutôt que telle autre.

Si le créancier consent à recevoir en paiement une chose autre que celle qui lui est due, l'obligation est-elle éteinte ?

— Si le créancier consent à recevoir la chose qui lui est offerte au lieu et place de celle qui lui est due, l'obligation est éteinte.

Cette opération est un paiement improprement dit. On l'appelle tantôt *dation en paiement* (*datio in solutum*), tantôt *novation* : dation en paiement, lorsque le créancier reçoit en paiement la *propriété* d'une chose autre que celle qui lui est due; novation, lorsqu'il reçoit une autre créance, c'est-à-dire un nouve engagement que contracte envers lui le débiteur ou un tiers (article 1271). Je vous offre mon cheval en paiement d'une somme que je vous dois; vous acceptez : il y a *datio in solutum*. *Datio*, c'est-à-dire translation de la propriété du cheval; *in solutum*, c'est-à-dire à titre de paiement. Nous convenons qu'à la place des 1,000 fr. que je vous dois, je vous paierai tant de mesures de blé : cette convention est une *novation*.

— Le créancier peut être contraint de recevoir une chose autre que celle qui lui est due, lorsque cette faculté a été accordée au débiteur soit par la loi (art. 891 et 1681), soit par la convention : c'est l'hypothèse de la dette *facultative* (voy. le n° 1238).

Le créancier ne peut-il pas, dans certains cas, être forcé de recevoir une chose autre que celle qui lui est due?

Art. 1245.

1339. — 2° Lorsque l'obligation a pour objet une chose déterminée individuellement, un *corps certain*, par exemple tel cheval, telle maison..., le débiteur se libère en livrant cette chose dans l'état où elle se trouve au moment du paiement. Si elle a été détériorée, soit par son *fait* (1) ou sa *faute*, soit par le fait ou la faute des personnes dont il est responsable, cette détérioration est à sa charge : il doit, en conséquence, indemniser le créancier de ce qui lui manque (voy. les n^os^ 1467 et s.).

Lorsque l'obligation a pour objet une chose déterminée individuellement, en quel état cette chose doit-elle être payée?

Quid, si elle a été détériorée par le fait ou la faute du débiteur?

3° Si l'obligation a pour objet une chose déterminée quant à son espèce seulement, un *objet certain*, par exemple un cheval, tant d'hectares à prendre dans tel département, tant de mesures de blé, « le débiteur n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce, mais il ne peut pas l'offrir de la plus mauvaise. »

Art. 1247.

Quid, lorsque l'obligation a pour objet une chose déterminée quant à l'espèce seulement?

4° Enfin, si elle a pour objet une somme d'argent due *in genere*, le paiement doit être fait en espèces métalliques d'or ou d'argent ayant cours en France, d'après la valeur nominale de ces espèces au moment du paiement, et sans tenir compte des variations subies par les monnaies dans l'intervalle de l'obligation au paiement. Si, par exemple, une loi nouvelle venait à réduire à 4 fr. 75 c. la valeur de la pièce de 5 fr., le débiteur qui, sous l'empire de l'ancienne loi, aurait emprunté 1,000 fr. en pièces de 5 fr., devrait payer 210 pièces de 4 fr. 75 c., ou 1,000 fr. (voy. l'explic. de l'art. 1895).

Quid, si elle a pour objet une somme d'argent due *in genere*?

1340. — La monnaie de cuivre ou de billon ne peut être employée dans les paiements que pour l'appoint de la pièce de 5 fr., c'est-à-dire jusqu'à concurrence de 4 fr. 95 c.

Le créancier peut-il être forcé de recevoir son paiement en monnaie de cuivre?

Art 1244.

1341. — VI. *Si le débiteur a le droit de diviser le paiement.* — *Du délai de grâce.* — En principe, « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir EN PARTIE le paiement d'une dette *même divisible.* »

Le débiteur a-t-il le droit de payer *en plusieurs fois?*

Pourquoi ne l'a-t-il pas?

Pothier nous donne le motif de cette disposition : « Quel intérêt, dit-il, le créancier peut-il avoir à refuser à son débiteur l'avantage de le payer *par parties?* La réponse est qu'on a intérêt à recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires, dont on trouve toujours un placement prompt et utile, plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps, dont l'emploi est difficile, et qui, d'ailleurs, se dépensent imperceptiblement. »

Quid, si le débiteur meurt avec plusieurs héritiers?

Le créancier, cependant, est obligé de recevoir des paiements partiels lorsque le débiteur meurt avec *plusieurs héritiers*. Mais c'est là un mal qui a dû être admis pour en éviter un plus grand.

(1) Nous trouverons cependant, dans l'art. 1935, un cas particulier où le débiteur ne répond point de son simple *fait*.

Si la dette ne se fût point divisée entre les héritiers du débiteur, celui d'entre eux qui aurait été obligé de la payer en totalité aurait eu un recours contre ses cohéritiers ; or, ces recours d'héritier à héritier auraient fréquemment fait naître des procès entre les membres de la même famille. C'est ce que la loi a voulu empêcher.

Le principe que le débiteur n'a pas le droit de payer en plusieurs fois souffre-t-il des exceptions?

1342. — Le principe que le débiteur ne peut point forcer son créancier à recevoir des paiements partiels souffre trois exceptions.

PREMIÈRE EXCEPTION. Le créancier reçoit, malgré lui, un paiement partiel, lorsqu'il est lui-même débiteur de son débiteur pour une somme inférieure à celle qui lui est due. Dans ce cas, en effet, la compensation ayant lieu de plein droit jusqu'à concurrence de la plus faible des deux sommes, le créancier le plus fort ne reçoit réellement qu'une partie de ce qui lui est dû (voy. le n° 1444, 2°).

1343. — SECONDE EXCEPTION. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné la même dette, chacune d'elles est tenue pour le tout (art. 2025). En conséquence, tant que le créancier ne les poursuit point, aucune d'elles n'a le droit de forcer le créancier à recevoir une portion de la dette ; mais, si le créancier dirige des poursuites contre l'une d'elles, celle-ci a le droit d'exiger que la dette se divise entre elle et celles des autres cautions qui sont solvables : c'est ce qu'on appelle le *bénéfice de division* (art. 2026).

Comment faut-il entendre la règle que les juges peuvent accorder des délais à un débiteur?

1344. — TROISIÈME EXCEPTION. Le créancier peut être contraint de recevoir des paiements partiels, lorsque, sur la demande du débiteur, la justice lui concède *plusieurs délais* pour se libérer.

Cette troisième exception est contestée. Suivant M. Duranton, les juges peuvent bien reculer l'époque du paiement, mais il ne leur est point permis d'accorder au débiteur le droit de se libérer en plusieurs fois, c'est-à-dire par parties.

Nous pensons, au contraire, que la loi leur confie l'un et l'autre pouvoir. Cela résulte :

1° *Du texte même de notre article et de la combinaison des deux paragraphes dont il se compose.* — Le texte porte, en effet, que le juge peut accorder *des délais*. Ce pluriel dont se sert la loi révèle sa pensée : accorder *des délais*, c'est évidemment permettre au débiteur de payer en *plusieurs* fois, tant à telle époque, tant à telle autre (1).

La combinaison des deux paragraphes dont se compose notre article confirme cette interprétation. Le second *déroge* au premier,

(1) L'argument tiré du mot *délais*, employé au pluriel, n'est pas très-concluant. Souvent, en effet, ce mot est employé au pluriel pour désigner un délai *unique*. C'est ainsi qu'on dit fréquemment : « les délais sont expirés. » Voy. les art. 1465 et 1466, combinés avec l'art. 1463; l'art. 798, rapproché de l'art. 800 C. N.; les art. 75, 443, 444, 447 C. pr. Voy. surtout l'article 124 C. pr., qui, bien qu'il se réfère à notre art. 1244, se sert du mot *délai* au singulier.

ainsi que cela résulte du mot *néanmoins* qui les lie entre eux ; or, le premier établit que le débiteur ne peut pas payer *par parties:* donc cette règle n'est pas applicable dans l'hypothèse prévue par le second (1).

2° *De l'origine de notre article.* — Sa disposition est, en effet tirée de Pothier ; or, ce jurisconsulte, après avoir dit que le débiteur n'a pas le droit de payer par parties, ajoute que cette règle reçoit exception lorsqu'en considération de la pauvreté du débiteur, la justice l'a autorisé à payer *en plusieurs fois.*

3° *De la discusion qui s'est engagée au Conseil d'État sur la rédaction de notre article.* — Quiconque la lira attentivement restera convaincu que la loi a entendu conférer au juge, non pas seulement le droit de reculer l'époque du paiement, mais encore celui d'en *graduer les termes*, de le diviser (2).

1345. — Cette faculté accordée aux tribunaux est contraire à la liberté des conventions et, par suite, au crédit public. Aussi la loi leur commande-t-elle de n'en user qu'avec une grande réserve, c'est-à-dire de n'accorder que des délais modérés, et pour le cas seulement où il est bien établi que l'exécution immédiate de l'obligation causerait un grave préjudice au débiteur.

1346. — Ce pouvoir confié à la justice est fondé sur des considérations d'humanité ; il est de droit public. Les parties n'en peuvent donc point paralyser l'effet par des conventions particulières (art. 6).

La clause par laquelle le débiteur a renoncé au bénéfice de notre article est-elle valable ?

1347. — *Exceptions à l'exception, ou retour à la règle.* — Les juges ne peuvent accorder aucun délai au débiteur :

Dans quel cas n'est-il pas permis aux juges d'accorder des délais ?

1° Lorsqu'il est en état de faillite ; — 2° lorsqu'il a, par son fait, diminué les sûretés spéciales qu'il avait données à son créancier ; — 3° lorsque ses biens sont vendus à la requête d'un créancier autre que celui qui le poursuit ; — 4° lorsqu'il est constitué prisonnier ; — 5° s'il est en état de contumace (art. 1188, C. N., et 124, C. pr.) ; — 6° en matière de lettre de change et de billet à ordre (art. 157 et 187, C. comm.).

Peuvent-ils en accorder lorsque le créancier est muni d'*un titre exécutoire* ?

1348. — Les juges peuvent-ils accorder des délais au débiteur lorsque le créancier est muni d'un *titre exécutoire?* A ne consulter que notre art. 1244, l'affirmative n'est pas douteuse : sa rédaction est, en effet, générale et absolue.

Nous devons cependant constater une exception. Aux termes de l'art. 122 du Code de procédure, notre art. 1244 cesse d'être applicable lorsque le créancier exerce des poursuites en vertu d'*un jugement de condamnation.* Les juges doivent, en effet, par le jugement même qui statue sur la demande du créancier, accor-

(1) L'argument tiré du mot *néanmoins* n'est pas non plus très-sûr. Ce mot indique plutôt un *tempérament* qu'une *exception* au principe. On peut l'entendre en ce sens : « Le débiteur ne peut point payer par parties; *néanmoins*, s'il lui est trop difficile de faire *immédiatement* un paiement intégral, les juges pourront reculer l'époque du paiement. »

(2) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 111; Marc., art. 1244.

der, s'il y a lieu, les délais auxquels le débiteur peut avoir droit; mais, une fois le jugement rendu, le tribunal ne peut point en suspendre l'exécution par des délais accordés après coup (voy. mes *Répétit. écrites sur le C. de pr.*, n° 234).

Le peuvent-ils lorsque le créancier agit en vertu d'un titre exécutoire autre qu'un jugement ?

Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais que décider au cas où le créancier agit en vertu d'un titre exécutoire *autre qu'un jugement?* Faut-il alors appliquer l'art. 1244 du Code Napoléon ou l'art. 122 du Code de procédure?

Suivant l'opinion générale, l'art. 1244 n'est jamais applicable lorsque le créancier est muni d'un titre exécutoire, de quelque nature qu'il soit.

Ce n'est pas mon avis. L'art. 1244 contient une *règle générale.* Lorsqu'on n'est pas dans l'*exception*, on reste dans la *règle.* Or, quand la loi déroge-t-elle au principe de l'art. 1244? Dans un cas unique, celui où le créancier est muni d'un *jugement de condamnation!* Donc c'est l'art. 1244 du Code Napoléon, et non l'art. 122 du Code de procédure, qui doit recevoir son application lorsque le créancier est muni d'un titre exécutoire *autre qu'un jugement.*

Et la raison de cette différence entre les deux cas est facile à saisir. Lorsqu'un créancier poursuit son débiteur pour le faire condamner, et que le tribunal le condamne *purement et simplement*, les juges reconnaissent par là même : 1° que le défendeur est réellement débiteur ; 2° qu'il n'y a pas lieu de lui accorder des délais, de suspendre l'exécution du jugement : ils épuisent ainsi tout leur pouvoir. S'ils accordaient les délais qu'ils ont d'abord refusés, ils modifieraient leur sentence : or, la loi n'attribue point aux juges le pouvoir de revenir sur leurs décisions, de les modifier. La position du débiteur a pu, il est vrai, changer depuis le jugement; des malheurs ont pu survenir qui peut-être le rendent digne du bénéfice de l'art. 1244. Mais la loi, considérant que l'intervalle qui s'écoule entre le jugement et son exécution est ordinairement fort court, a pensé qu'il arrivera rarement que la position du débiteur soit devenue telle qu'il y ait lieu de venir à son secours : elle a statué sur le *plerumque fit.*

Aucune de ces considérations n'existe lorsque le titre exécutoire n'est pas un jugement. En effet : 1° la justice n'est pas liée par une première décision ; 2° le temps qui sépare la date du titre exécutoire de celle de son exécution étant ordinairement fort long, des circonstances malheureuses ont pu placer le débiteur dans une position telle, que l'exécution rigoureuse et immédiate de l'obligation lui causerait peut-être un préjudice irréparable. Il n'y a donc aucune raison de lui refuser le bénéfice du droit commun.

L'art. 1244 ne fait d'ailleurs aucune distinction. Et, ce qui est plus décisif, c'est qu'il consacre formellement le droit, pour les tribunaux, d'arrêter les saisies pratiquées contre le débiteur par un créancier muni d'*un titre exécutoire.* Qu'y est-il dit, en effet? Que « les juges peuvent accorder des délais modérés pour le paie-

ment et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. » Or, *surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état*, c'est arrêter une exécution déjà commencée, et, par conséquent, supposer que le créancier poursuit son débiteur en vertu d'*un titre exécutoire* (1).

1349. — On fait contre ce système plusieurs objections.

1° Les poursuites faites en vertu d'un *titre exécutoire* étant faites par ordre et au nom du chef de l'Etat, les tribunaux empiéteraient sur le pouvoir exécutif s'ils entravaient les poursuites qui ont été commencées ou qui sont sur le point de l'être. — Je réponds que les tribunaux n'empiètent point sur le pouvoir exécutif lorsqu'ils appliquent la loi, puisque la loi est au-dessus du pouvoir exécutif. La justice n'est-elle pas d'ailleurs, elle aussi, rendue au nom de l'Empereur; et, si un tribunal accorde un délai, n'est-ce pas le Souverain lui-même qui est censé l'accorder par son mandataire? Ne voit-on pas tous les jours les tribunaux anéantir des jugements rendus par des juges inférieurs? Enfin, si un acte d'appel formé à la requête d'un simple particulier suffit pour arrêter ou suspendre l'exécution d'un jugement (art. 457, C. pr.), quelle raison y a-t-il donc de refuser au tribunal le droit de suspendre l'exécution d'un titre exécutoire?

2° Aux termes de l'art. 2212, l'exécution d'un titre exécutoire peut être suspendue par le juge lorsque le débiteur prouve que le revenu net et libre de ses immeubles, pendant une année, suffit pour le paiement de la dette et qu'il en offre la délégation : donc, dit-on, par un argument *à contrario*, les juges ne peuvent point accorder de sursis au débiteur qui ne se trouve point dans les conditions prévues par cet article. — Je réponds que l'art. 2212 déroge, non pas à l'art. 1244 du Code Napoléon, mais à l'art. 122 du Code de procédure. Lorsque le titre exécutoire est *un jugement*, point de sursis : telle est la règle (art. 122, C. pr.)! Par exception, le juge est autorisé à concéder un sursis, lorsque le débiteur se trouve dans les conditions prescrites par l'art. 2212. Que si le titre exécutoire est tout autre qu'*un jugement*, le sursis peut être accordé, conformément au principe de l'art. 1244, c'est-à-dire lors même que le débiteur ne justifie point que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour acquitter intégralement sa dette (2).

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 114; Marc., art. 1244.

(2) MM. Colmet-d'Aage et Bonnier résolvent la question par une distinction. Suivant eux, l'art. 1244 suppose une instance, c'est-à-dire une contestation judiciaire engagée entre le débiteur et le créancier. Cela résulte des termes mêmes de l'art. 122 du Code de procédure : « Dans les cas, y est-il dit, où les trib unaux peuvent accorder des délais *pour l'exécution de leurs jugements*, ils doivent le faire par le jugement qui statuera sur la contestation. »

Ainsi, les tribunaux peuvent accorder des délais; mais dans quels cas? La loi s'explique sur ce point : ils peuvent accorder des délais *pour l'exécution de leurs jugements*, et *par le jugement même* qui statue sur la contestation. Que s'ils statuent sans suspendre, pour un certain temps, l'exécution *de leur*

Art. 1247.

Où doit être fait le paiement? Quelles distinctions faut-il faire à cet égard?

1350. — VII. *Où doit être fait le paiement.* — Trois cas sont prévus :

1° Lorsque, par la convention, il y a un lieu convenu où le paiement doit se faire, il doit être fait en ce lieu.

2° Si aucun lieu n'a été désigné et que la dette soit d'un *corps certain*, il doit être fait au lieu où était, au moment du contrat, la chose qui fait l'objet de l'obligation. Je vous ai vendu le vin qui est dans ma cave; c'est dans ma cave, où est le vin, que je dois vous le payer. Je ne suis point tenu de le déplacer : dès l'instant que je vous remets la clef de ma cave et que je vous autorise à faire l'enlèvement du vin qui s'y trouve, je suis quitte envers vous.

3° Si aucun lieu n'a été expressément ou tacitement convenu, et que la dette n'ait point pour objet un corps certain, le paiement doit être fait au domicile du débiteur (voy. cependant l'art. 1651, qui déroge à cette règle).

Si le débiteur a, depuis le contrat, changé de domicile, est-ce à l'ancien ou au nouveau domicile qu'il doit payer?

1351. — Si le débiteur a, depuis la formation de l'obligation, changé de domicile, le paiement doit-il être fait à l'ancien domicile ou au domicile actuel? Pothier dit que le paiement doit être fait *là où il est demandé;* or, il ne peut être demandé qu'au domicile actuel du débiteur : c'est donc là que le paiement doit être fait. Cette théorie est, sans doute, fort dure pour le créancier; mais il a dû prévoir que le débiteur changerait peut-être de domicile : c'était à lui à faire ses réserves.

Art. 1248.

Qui supporte les frais du *paiement?*

1352. — VIII. *Aux frais de qui se fait le paiement.* — Le créancier doit recevoir tout ce qui lui est dû. Ce n'est donc pas à lui à supporter les frais du paiement : la loi les met à la charge du débiteur. Mais, bien entendu, les parties peuvent faire entre elles une convention contraire. Cette convention est quelquefois présumée par la loi (art. 1942).

Quid, quant aux frais d'enlèvement?

Ainsi, à défaut de convention contraire, c'est le débiteur qui paie les frais de quittance et de délivrance. Mais il ne faut pas con-

jugement, ils ne sauraient avoir le droit de le modifier après coup (voy. ce qui a été dit ci-dessus).

Quant aux actes qui n'émanent point d'eux et que le créancier peut faire exécuter sans le secours de leur intervention, où puiseront-ils le droit d'entraver l'exécution d'un ordre émané d'une autorité sur laquelle ils n'ont aucun droit de contrôle ou de censure?

De là la distinction suivante :

Si le créancier muni d'un titre exécutoire fait, en vertu de ce titre, et sans recourir à la justice, directement saisir les biens de son débiteur, celui-ci n'est point admis à former une demande principale en concession de délai, à moins pourtant qu'il ne se trouve dans l'hypothèse exceptionnelle de l'article 2212. Si, au contraire, le créancier recourt à la justice, soit pour faire vider une contestation engagée à l'occasion de l'interprétation de son titre, soit, en l'absence de toute contestation, pour obtenir un jugement de condamnation et, par suite, *une hypothèque* judiciaire sur tous les immeubles de son débiteur (art. 2123, C. N.), les juges, étant appelés, dans ces divers cas, à prononcer une condamnation, sont par là même autorisés à en modifier l'exécution par la concession d'un délai de grâce.

fondre les frais de *délivrance* avec les frais d'*enlèvement* : ceux-ci sont à la charge du créancier (voy. l'explic. de l'art. 1608).

§ II. — *Du paiement avec subrogation.*

29e *Répétition.*

Art. 1249.

1353. — *De la nature et des effets de la subrogation.* — Lorsque la dette est payée par *le débiteur*, et avec son propre argent, la dette est éteinte, et avec elle tous ses accessoires, priviléges, hypothèques ou cautionnements...

Quel est l'effet du paiement fait par le débiteur lui-même?

Lorsqu'elle est payée par *un tiers*, ou par le débiteur lui-même, avec des fonds empruntés à cet effet, la dette, comme dans la précédente hypothèse, est éteinte avec tous ses accessoires. Mais le débiteur libéré de sa dette se trouve en avoir contracté une autre : le tiers qui a payé ou qui a prêté l'argent avec lequel le paiement a été effectué a contre lui, dans le premier cas, une action *mandati* ou *negotiorum gestorum;* dans le second, une action *ex mutuo*, à l'effet de recouvrer les fonds qui ont été employés à lui procurer sa libération.

Quid, s'il est fait, sans subrogation, par un tiers ou avec l'argent d'un tiers?

Quelles actions appartiennent à celui avec les fonds duquel le paiement a été effectué?

Ces actions sont des actions ordinaires, qui laissent exposé à tous les dangers de l'insolvabilité du débiteur celui auquel elles appartiennent : elles ne sont, en effet, garanties par aucune sûreté spéciale.

Ces actions sont-elles très-efficaces?

L'action qui appartient au créancier originaire était peut-être préférable ; peut-être était-elle garantie par des priviléges, hypothèques ou cautionnements... : si les tiers qui emploient leur argent à venir au secours des débiteurs malheureux et obérés succédaient à cette action, leur recours étant alors très-énergiquement garanti, on comprend sans peine qu'ils hésiteraient moins à faire l'avance de leurs capitaux. De là un élément de crédit public.

Dans quel but la subrogation a-t-elle été imaginée?

C'est dans ce but qu'a été imaginée la théorie de la subrogation.

Quel est son effet?

Son effet est de mettre le tiers dont l'argent a servi à la libération du débiteur, au lieu et place de l'ancien créancier : elle l'investit de *tous ses droits, actions, priviléges, hypothèques et cautionnements...*

Le paiement éteint la créance; la subrogation la transporte au subrogé : comment concilier ces deux idées?

1354. — Mais, dira-t-on, le paiement, lors même qu'il est fait par un tiers, éteint la dette, et, par suite, l'action du créancier (art. 1236) : dès lors, il est impossible que le tiers qui a payé succède à cette action. Si, en effet, le paiement est *extinctif* de la dette, la subrogation qui l'accompagne ne peut pas être *translative* de la créance : il y a là deux idées incompatibles!

Cette difficulté n'échappa point aux jurisconsultes romains; mais elle ne les arrêta point. Ils eurent recours au moyen ordinaire de tout concilier : ils firent une *fiction!* « Le créancier, dirent-ils, est *censé avoir* VENDU sa créance au subrogé, qui est *réputé l'avoir achetée.* »

Le créancier fut ainsi considéré comme ayant reçu, non pas le paiement de ce qui lui était dû par son débiteur, mais le prix de

sa créance, le prix de cession : *non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit* (1).

« *Non est vera cessio*, disait encore Renusson, *sed cessio fictiva.* »

Pothier dit de même : « La subrogation est *une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits au tiers qui le paie.* »

L'idée de cette *cession fictive* se retrouve au fond de toutes les dispositions de notre Code sur la subrogation.

1355. — Faisons toutefois trois observations importantes. Elles nous serviront à déterminer la nature et l'étendue de la subrogation.

La subrogation produit-elle son effet à l'égard de toute personne?

1° La fiction qui sert de fondement à la subrogation n'est pas *absolue* : elle n'est pas, en effet, opposable au créancier. Quant à lui, le paiement, bien qu'accompagné de subrogation, produit *tous les effets d'un paiement ordinaire*. C'est ce qu'expriment ce vieux brocard de notre ancienne jurisprudence : « Le créancier n'est pas censé subroger *contre lui-même* (*nemo contrà se subrogare videtur*), » et cette formule très-énergique de notre Code : « La subrogation *ne peut nuire au créancier* » (art. 1252).

Quelle est donc la nature du paiement avec subrogation?

Le paiement avec subrogation est donc une opération à double face : entre le subrogé et le débiteur ou ses ayant-cause, c'est une *cession fictive* dont l'effet est de mettre le subrogé au lieu et place du créancier originaire ; entre le subrogé et le créancier, ce n'est qu'un paiement ordinaire et purement extinctif de la dette.

Dans quelle limite le subrogé acquiert-il les droits du créancier originaire?

2° Le subrogé agissant, non pas dans un esprit de spéculation, mais pour venir au secours du débiteur, le droit de l'ancien créancier ne lui est réputé cédé *que dans la limite de ses déboursés* : dès qu'il est rentré dans ses fonds, la fiction perd sa raison d'être. Ainsi, l'action du créancier originaire ne lui est transmise *que pour assurer son recours contre le tiers qu'il a libéré.*

Le subrogé peut-il renoncer au bénéfice de la subrogation?

3° Le subrogé, dans l'intérêt duquel cette fiction a été introduite, peut y renoncer et s'en tenir, s'il le préfère, à la réalité ; auquel cas il poursuit le recouvrement de ses déboursés par l'action qu'il a de son chef, *actio mandati, aut negotiorum gestorum, aut ex mutuo.*

— Ces trois observations nous donnent les véritables caractères de la subrogation. Ils servent à la distinguer d'une autre opération avec laquelle elle a de l'analogie, la *cession* véritable de la créance. C'est ce que je vais démontrer. Par là nous connaîtrons les différences principales existant entre le paiement avec subrogation et la cession de la créance.

Art. 1252.

Quelles conséquences peut-on tirer du principe que le paiement, bien qu'accompagné de subrogation, ne produit, à l'égard

1356. — I. Du principe que *la subrogation n'empêche point que le paiement ne soit*, A L'ÉGARD DU CRÉANCIER DÉSINTÉRESSÉ, *un paiement ordinaire, purement extinctif de la créance et de tous ses accessoires*, il résulte :

1° Que le créancier hypothécaire ou privilégié qui n'a reçu

(1) *Paul*, L. 36, D., *De fidej.*

qu'un paiement *partiel* peut exercer, *par préférence au subrogé*, la portion de créance qu'il a conservée. En effet, dans ses rapports avec le créancier originaire, resté créancier hypothécaire ou privilégié pour tout ce qui ne lui a pas été payé, le subrogé n'est qu'un simple créancier chirographaire agissant en vertu de l'action qui lui appartient de son chef : car, si la portion de dette acquittée est, dans son intérêt, réputée exister encore avec ses priviléges ou hypothèques, cela n'est vrai que contre le débiteur et ses ayant-cause ; cette fiction n'existe point *contre le subrogeant*, à l'égard duquel le paiement a produit tous les effets d'un paiement ordinaire. — Soit donc un créancier hypothécaire de 6,000 fr. qui reçoit, avec subrogation, un paiement partiel de 3,000 fr. ; le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, et l'immeuble hypothéqué, qui a été saisi et vendu, donne 3,000 fr. : cette somme ne sera point partagée, au marc le franc, entre le subrogeant et le subrogé, comme elle le serait entre deux créanciers chirographaires ; elle appartiendra exclusivement au subrogeant, qui, en sa qualité de créancier hypothécaire, prime le subrogé simple créancier chirographaire (1).

du créancier subrogeant, que les effets d'un paiement ordinaire?

N'est-ce pas par ce principe qu'on peut expliquer l'art. 1252, portant que le créancier qui n'a reçu qu'un paiement partiel est préféré, pour ce qui lui reste dû, au subrogé?

Le paiement avec subrogation ne diffère-t-il pas, sous ce rapport, de la cession de la créance?

Si le créancier, au lieu de recevoir avec subrogation un paiement partiel de sa créance, en *vend* une portion, le résultat n'est plus le même. La *cession* partielle opère, en effet, un véritable démembrement de la créance et de ses accessoires ; la portion cédée est parfaitement identique à la portion conservée, en ce sens qu'elles ont même origine, même but, même efficacité. Le cédant et le cessionnaire sont, par conséquent, sur la même ligne, co-créanciers, coprivilégiés ou cohypothécaires : le premier n'a aucun droit de préférence sur le second. Un créancier hypothécaire à qui il est dû 6,000 fr. vend la moitié de sa créance ; l'immeuble hypothéqué, saisi et vendu, produit 3,000 fr. : cette somme sera partagée au marc le franc entre le cédant et le cessionnaire.

2° Que le subrogeant n'est point *garant* de l'inexistence de la créance : si la créance dont il a reçu le paiement n'existait point, le subrogé n'a contre lui qu'une *condictio indebiti*.

Le subrogeant est-il garant de l'inexistence de la créance?

Par quelle action peut donc alors l'atteindre le subrogé?

Sous ce rapport encore, le paiement fait avec subrogation ne diffère-t-il point de la cession de la créance?

Le créancier qui *cède* sa créance est, au contraire, garant de son inexistence : le cessionnaire évincé a contre lui une action *en garantie*.

Par la *condictio indebiti*, le subrogeant n'est tenu de rendre que ce dont il s'est enrichi, ce qu'il a reçu. Par l'*action en garantie*, le cédant doit restituer non-seulement ce qu'il a reçu, mais encore les frais et loyaux coûts du contrat, ainsi que ceux qui ont été faits par le cessionnaire en exerçant des poursuites contre le prétendu débiteur cédé.

(1) Remarquons que ce droit de préférence accordé au subrogeant qui n'a reçu qu'un paiement partiel ne s'applique pas au cas où la créance payée en partie était purement chirographaire : dans ce cas, en effet, le subrogé et le subrogeant étant l'un et l'autre créanciers chirographaires, le concours au marc le franc doit avoir lieu.

Le paiement avec subrogation est-il opposable aux tiers dès que la quittance qui le constate a reçu date certaine?

3° Que le *paiement*, quoique fait avec subrogation, est opposable, même aux tiers de bonne foi, dès que la quittance qui le constate a reçu date certaine.

La *cession*, au contraire, n'est opposable aux tiers qu'après qu'elle a été authentiquement acceptée par le débiteur cédé, ou qu'elle lui a été signifiée (voy. l'expl. de l'art. 1690).

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que le subrogé n'acquiert les droits du créancier que dans la limite de ses déboursés?

Le paiement avec subrogation ne diffère-t-il point, sous ce rapport encore de la cession de la créance?

Quelle est la raison de cette différence?

1357. — II. Du principe que *l'action de l'ancien créancier n'est acquise au subrogé que pour assurer son recours contre le débiteur qu'il a libéré*, il résulte :

1° Que le subrogé qui reçoit une quittance intégrale, moyennant une somme inférieure au chiffre de la dette, ne peut rien obtenir au-delà de ses déboursés. Ainsi, qu'un créancier de 6,000 fr. donne, dans la crainte de tout perdre, une quittance intégrale au tiers qui lui offre 4,000 fr. seulement, le débiteur libéré ne devra au subrogé que 4,000 fr.

Si, au contraire, le créancier *vend* sa créance de 6,000 fr. pour le prix de 4,000 fr., le débiteur est tenu de payer 6,000 fr. au cessionnaire.

La raison de cette différence est facile à comprendre.

Le cessionnaire spécule : son but est de réaliser un bénéfice. Il prend à sa charge le risque de l'insolvabilité du débiteur (article 1694), et reçoit en échange la chance du paiement intégral de la dette. Il acquiert donc, quelque faible que soit le prix d'achat, le droit d'exiger du débiteur tout ce qui était dû à l'ancien créancier. — Le tiers qui paie avec subrogation ne spécule point. Libérer le débiteur, venir à son secours, mais en prenant ses mesures pour que le bon office qu'il consent à rendre ne tourne pas à son préjudice, tel est le but que se propose celui qui, en payant, stipule ou reçoit le bénéfice de la subrogation : il n'a donc rien à demander dès qu'il est rentré dans ses fonds. Le débiteur peut toujours lui dire : « Combien vous a coûté ma libération? qu'avez-vous payé? Votre dépense est le maximum de votre droit. »

Ne peut-on pas signaler une cinquième différence relativement aux intérêts de la créance?

2° Que l'intérêt de ses dépenses ne peut pas être plus élevé que celui auquel il aurait droit si, au lieu d'exercer l'action de l'ancien créancier, il invoquait celle qui lui appartient de son chef. Soit une créance ayant pris naissance avant la loi du 3 septembre 1807, et productive d'intérêts à 10 0/0 (1); supposons-la payée postérieurement à la promulgation de cette loi : l'intérêt des fonds employés par le subrogé ne dépassera pas 5 0/0. Qu'a-t-il, en effet, dépensé? un capital qui, au maximum, lui eût rapporté 5 0/0 s'il en eût fait un autre emploi; or, le débiteur ne lui doit rien au-delà de ce qui a été dépensé.

Le *cessionnaire*, au contraire, reçoit la créance telle qu'elle se comporte : si élevé que soit l'intérêt de la créance cédée, il a le droit de l'exiger.

(1) L'intérêt, avant que cette loi eût été promulguée, n'avait point de limites : on pouvait prêter à 5, à 10, à 20... 0/0.

Quelle conséquence faut il tirer du principe que le subrogé peut renoncer au bénefice de la subrogation ?

1358. — III. Du principe que *le subrogé peut renoncer au bénéfice de la subrogation et s'en tenir à la réalité*, il résulte qu'il a, pour recouvrer ses déboursés, le choix entre deux actions : 1° l'action qu'il a de son chef, *actio mandati, aut negotiorum gestorum, aut ex mutuo;* 2° l'action du créancier originaire, que la subrogation lui a transportée avec tous ses accessoires. C'est à lui d'employer celle qui va ut le mieux. L'action de l'ancien créancier sera le plus souvent préférable à celle qui lui appartient de son chef; cependant le contraire peut arriver. Soit une dette *non productive d'intérêts* et payée par un tiers avec subrogation. Si le debiteur est solvable, ou, même en cas d'insolvabilité, si l'ancienne dette n'était garantie par aucune sûreté spéciale, le subrogé fera bien d'agir par l'action de mandat ou de gestion d'affaires : car, en sa qualité de mandataire ou de gérant d'affaires, les intérêts de ses déboursés lui seront dus de plein droit à compter du jour du paiement (articles 2001 et 1372 comb.), tandis qu'il n'y aurait droit qu'à compter du jour de sa demande en justice, s'il agissait par l'action de l'ancien créancier (art. 1153).

Le *cessionnaire*, au contraire, n'a qu'une seule action, celle du créancier auquel il a succédé.

A quelles personnes la subrogation est-elle opposable ?

1359. — *Des personnes auxquelles la subrogation est opposable.* — Le subrogé peut l'invoquer :

1° Contre le débiteur, afin de faire valoir contre lui toutes les voies de rigueur que comporte la dette acquittée, la contrainte par corps, une clause pénale...

2° Contre les créanciers du débiteur, pour les exclure en leur opposant les causes de préférence qui appartenaient à l'ancien créancier, ses priviléges, ses hypothèques...

3° Contre les cautions : l'art. 1252 a cru devoir le dire expressément, parce que cet effet de la subrogation avait été controversé dans notre ancienne jurisprudence.

4° Contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués au paiement de la dette.

Quid, lorsque l'insolvabilité du débiteur menace plusieurs personnes, et que chacune d'elles est dans une telle position vis à vis des autres, que celle qui paiera le créancier sera subrogée à ses droits?

— Lorsque l'insolvabilité d'un débiteur menace plusieurs personnes, par exemple, plusieurs cautions, ou plusieurs détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette, et que chacune d'elles est dans une telle position vis à vis des autres, qu'elle sera subrogée contre elles, si elle paie le créancier, l'insolvabilité qui les menace toutes doit être supportée en commun. La répartition se fait eu égard au profit que chacune d'elles a retiré du paiement.

Comment peut on définir la subrogation dans le système qui vient d'être exposé ? Quelques personnes n'en donnent-elles point une autre définition ?

1360. — *Exposition et critique d'un second système.* — D'après ce qui vient d'être dit, nous définirons la subrogation : *une cession fictive par suite de laquelle une créance éteinte au moyen d'un paiement effectué avec l'argent d'un tiers est regardée comme continuant d'exister au profit de ce dernier, qui peut l'exercer à l'effet de recouvrer par elle ce que lui a coûté la libération du débiteur.*

MM. Merlin et Grappe, dont la doctrine a été reproduite par

M. Bugnet (1), combattent ce système. Suivant eux, la subrogation n'est que *l'attribution conventionnelle ou légale* DES ACCESSOIRES, *priviléges, hypothèques et cautionnements, de l'ancienne créance éteinte par le paiement fait avec l'argent d'un tiers, à une nouvelle créance née du paiement ou du contrat de prêt qui a procuré au débiteur les fonds avec lesquels il s'est libéré.*

Quelle différence y a-t-il entre ces deux systèmes ?

On voit la différence entre les deux systèmes.

Dans le premier, la subrogation transporte au subrogé, non pas seulement les *accessoires* de l'ancienne créance, mais la *créance elle-même* AVEC *tous ses accessoires*. Le subrogé a deux actions qu'il peut exercer à son choix : celle qui est née du paiement, ou du prêt qu'il a fait au débiteur, et celle du créancier originaire.

Dans le second, la subrogation détache les accessoires de l'ancienne créance que le paiement éteint et les rattache à la créance qu'il fait naître. Le subrogé n'acquiert donc point *l'ancienne créance:* il n'en reçoit que les *accessoires*. Il n'a qu'une seule action, celle qui est née en sa personne; mais cette action est munie des accessoires qui servaient de garantie à l'ancienne créance.

Voici maintenant les différences pratiques.

Nous disons dans notre système : La subrogation conservant *l'ancienne créance avec toutes ses sûretés, toutes ses prérogatives, tous ses accessoires, toutes ses qualités,* il en résulte que le subrogé peut invoquer, non-seulement les priviléges, hypothèques ou cautionnements, que pouvait avoir l'ancien créancier, mais encore toutes les autres sûretés ou prérogatives pouvant servir à rendre la poursuite du créancier plus sûre, plus facile ou plus prompte, telles que l'antichrèse, la contrainte par corps, la compétence du tribunal, le titre exécutoire, l'élection d'un domicile, l'indication d'un lieu où le paiement doit être effectué...

Nos adversaires disent : « La subrogation n'ayant d'autre effet que de conserver les *priviléges, hypothèques et cautionnements*, que pouvait avoir le créancier originaire, il en résulte que le paiement, bien qu'il soit accompagné de subrogation, éteint la créance avec toutes ses prérogatives, qualités et accessoires autres que ceux qui viennent d'être dénommés. Ainsi, par exemple, si un créancier qui a droit de contraindre par corps son débiteur est désintéressé par un tiers, celui-ci, quoique subrogé, ne succède point au droit de contrainte par corps. — Une dette commerciale est-elle payée par un tiers : celui-ci, quoique subrogé, ne succède point au droit qu'avait l'ancien créancier de poursuivre son débiteur devant les tribunaux de commerce. — Le créancier désintéressé était-il muni d'un titre exécutoire : ce titre ne passe point au subrogé. »

Lequel de ces deux systèmes doit être admis ?

1361. — Je rejette ce système, parce qu'il est contraire :

1° *A l'autorité historique.* — L'Ordonnance de 1609 nous dit, en effet, que le subrogé acquiert les *droits, actions, priviléges, hypo-*

(1) Voy. ses notes sur Poth., t. II, p. 136, 299. — Conf., Marc., art. 1236 et 1249. — *Contrà*, MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 117.

thèques... de l'ancien créancier. Cette énumération des effets de la subrogation établit évidemment : 1° la conservation de la *créance elle-même*, ce qui est indiqué par les mots *droits* et *actions;* 2° la conservation de *ses accessoires*, ce qui est indiqué par les mots *priviléges* et *hypothèques*. C'est ainsi que Pothier l'a toujours interprétée. « La subrogation, dit-il, est une fiction par laquelle le créancier est censé céder ses *droits*, *actions*, *priviléges* et *hypothèques*, au tiers qui le paie...; elle transporte au nouveau créancier, non pas seulement les mêmes droits d'hypothèques qu'avait l'ancien créancier, mais la *créance elle-même avec tous les droits qui en dépendent*. »

2° *Aux termes des lois qui, dans le Code, ont réglementé la subrogation*. — D'après l'art. 1250-1°, le subrogé acquiert, en effet, les *droits*, *actions*, *priviléges* ou *hypothèques* du créancier originaire. C'est la même formule que celle qui nous est donnée par Pothier qui, lui-même, l'avait empruntée à l'Ordonnance de 1609. — Bien plus ! les textes ne mentionnent souvent que la conservation du *droit*, sans parler de celle de ses *accessoires*. Tant il est vrai que, dans la pensée de la loi, l'effet direct et principal de la subrogation est de transmettre la créance du subrogeant au subrogé, qui en acquiert aussi les accessoires, mais par voie de conséquence, parce que le droit principal lui est déjà transmis (art. 1250-2°, 874, 2029; voy. aussi l'art. 159, C. comm.).

3° *Au but que la loi s'est proposé en organisant là subrogation*. — La subrogation, en effet, est un moyen de crédit (voy. le n° 1353) : donc, plus on étend ses effets, plus on rentre dans l'esprit de la loi. Le système Merlin les restreint : donc il est contraire au but de la subrogation. Et remarquez qu'il n'y a aucun danger à étendre le plus possible les effets de la subrogation : car, utile à tous, elle ne peut jamais nuire à personne.

1362. — Il me reste à combattre plusieurs arguments qui me sont opposés sous forme d'objections.

1° Le paiement, lors même qu'il est fait par un tiers, *éteint* la créance : donc elle ne passe pas au subrogé. S'il objecte qu'il est censé avoir *acheté* la créance plutôt que l'avoir *payée* (voy. le n° 1354), on lui répondra qu'une créance *éteinte* ne peut pas être cédée; que la subrogation ne peut pas faire *revivre* un droit qui a *cessé d'exister*.

Cet argument n'est qu'une pétition de principe. Pour prouver que la créance n'est pas *conservée*, on la déclare *éteinte ;* or, nous prétendons précisément que le paiement, *quand il est accompagné de la subrogation*, n'*éteint* la créance qu'à l'égard du créancier, qu'il la laisse subsister, dans l'intérêt du subrogé, contre le débiteur et ses ayant-cause.

Et d'ailleurs, si l'argument qu'on nous oppose était décisif quant à la *créance*, il le serait également quant à ses *accessoires*. On dirait, en effet : « Le paiement, quoique fait par un tiers, éteint la créance avec tous ses *accessoires* (art. 2034 et 2180) ; or,

si les accessoires de la créance sont *éteints*, la subrogation ne peut pas les faire revivre. » L'argument de nos adversaires ruinerait donc, s'il était fondé, tous les systèmes de la subrogation.

On a cru se tirer d'affaire en disant : « Oui, l'ancien créancier est censé avoir *vendu sa créance ;* mais cette fiction ne modifie point le paiement, en ce qui touche *la créance elle-même :* car une fiction ne peut pas altérer la vérité et ressusciter une dette éteinte : elle ne la modifie qu'au point de vue des *accessoires* de la créance. »

Etrange fiction, qui ne peut pas atténuer la vérité en ressuscitant une *créance* éteinte, et qui l'atténue en ressuscitant les *privilèges* et *accessoires* éteints ! qui ne peut pas faire revivre l'obligation principale du débiteur, et qui fait revivre l'obligation accessoire de la caution !

Qui ne voit que, du moment qu'on admet une *fiction* pour conserver les *accessoires* de l'ancienne créance, rien n'empêche d'appliquer la même fiction à *la créance elle-même ?*

1363. — 2° Aux termes de l'art. 1250-2°, la subrogation peut être consentie *par le débiteur ;* or, comment dire, dans ce cas, que la subrogation est une *cession* de la *créance ?* le débiteur cédera donc ce qui ne lui appartient point !

L'objection serait juste en pur droit ; mais nos adversaires reconnaissent que la subrogation est une fiction. Pourquoi, dès lors, s'étonner de voir la créance *cédée par le débiteur ?* est-ce que tout n'est pas possible sous l'empire des fictions ? Si la loi les admet, n'est-ce pas pour rendre faisable ce qui ne l'est pas en pur droit ? est-ce qu'en pur droit la subrogation consentie par le créancier serait elle-même possible ?

Et d'ailleurs, lorsque le débiteur consent la subrogation, ce n'est pas lui, mais le créancier qui est censé vendre la créance. La loi établit sa fiction, tantôt de son propre mouvement, tantôt en exécution de la promesse faite par le créancier ou par le débiteur ; mais, dans toutes les hypothèses possibles, c'est le créancier qui est censé vendre sa créance.

Enfin, si cette objection était fondée, qu'en résulterait-il ? que la subrogation ne serait pas possible même quant aux *accessoires* de la créance : car, s'il est vrai que le débiteur ne peut point céder la créance, il est bien évident qu'il ne peut pas céder davantage les accessoires qui en font partie.

1364.—3° La loi considère le paiement avec subrogation comme une opération extinctive de la créance, puisqu'elle le place au chapitre *de l'extinction des obligations*, dans la section *du paiement.* Or, dans votre système, le paiement accompagné de subrogation n'est point une cause d'extinction d'obligation, puisqu'il laisse subsister la créance et tous ses accessoires : la subrogation, au lieu d'être une modalité, un accident du paiement, le transforme en une véritable *cession.*

Cette objection serait juste si la fiction sur laquelle la subrogation repose était *absolue ;* mais il n'en est rien. Qu'on se rappelle,

en effet, qu'elle ne laisse subsister la créance que contre le débiteur et ses ayant-cause, et seulement dans la limite des déboursés du subrogé. La créance est, par conséquent, *éteinte* à l'égard du créancier, auquel elle ne peut jamais être opposée, et même à l'égard du débiteur jusqu'à concurrence de la différence existant entre la somme qui était due à l'ancien créancier et celle qu'a déboursée le subrogé (voy. les nos 1355, 1° et 2°, 1356 et 1357). Ainsi la subrogation n'est qu'une clause accidentelle du paiement : elle en modifie les effets, mais seulement sous certains rapports. C'est donc avec raison que la loi a fait de l'exécution de la dette par un tiers subrogé un paragraphe de la section *du paiement*.

Combien y a-t-il d'espèces de subrogations ?

1365. — *Des causes de la subrogation.* — Toute subrogation vient de la loi : c'est toujours la loi qui l'accorde, tantôt en exécution de la convention expresse des parties, tantôt de son chef, mais en vertu d'une convention tacite ou présumée. On l'appelle *conventionnelle* au premier cas, *légale* au second.

Art. 1250.

Combien y a-t-il d'espèces de subrogations conventionnelles ?

A quelles conditions est subordonnée la validité de la subrogation consentie par le créancier ?

1366. — I. *Subrogation conventionnelle.* — La subrogation peut être consentie, soit par le créancier sans l'intervention du débiteur, soit par le débiteur avec ou sans le concours du créancier.

— *Subrogation consentie par le créancier.* — « Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement. »

Ainsi, deux conditions sont nécessaires à sa validité : 1° déclaration *expresse de subrogation;* 2° simultanéité du paiement et de la subrogation (voy. la Form. 168).

1° *La convention de subrogation doit être* EXPRESSE. — Il ne faut pas croire toutefois qu'elle n'est valable qu'autant que les parties ont employé, pour la faire, le mot *subroger*. Nous n'avons plus dans notre Code de termes sacramentels. Tout ce que la loi exige, c'est que la volonté des parties soit constante, clairement exprimée. Ainsi, par exemple, la subrogation est valable lorsque la quittance porte que le tiers qui effectue le paiement *est mis au lieu et place du créancier*.—Il n'est pas non plus nécessaire d'énumérer, de spécifier un à un, les droits que le tiers qui paie entend acquérir, de dire, par exemple, qu'il sera subrogé «aux droits, actions, priviléges, hypothèques...» Il suffit que le créancier déclare subroger *à ses droits* : car subroger à ses droits, c'est évidemment les transporter *tous*, puisqu'on n'en réserve aucun (art. 1250-2°).

Pourquoi faut-il qu'elle soit faite en même temps que le paiement ?

2° *Elle doit être faite en même temps que le paiement.* — Le paiement, quoique fait par un tiers, éteint la dette avec tous ses accessoires ; aucun acte postérieur ne peut faire *revivre* une dette *éteinte*. De là la règle que la subrogation ne peut être stipulée *après coup*, c'est-à-dire après le paiement et la quittance acceptée : le créancier qui a été payé purement et simplement ne peut pas céder des droits qu'il n'a plus, que la loi déclare éteints.—Ainsi, la convention de la subrogation doit être relatée dans l'acte même qui est dressé pour constater le paiement, c'est-à-dire dans la quittance.

Aucune autre condition n'est exigée : concluons-en que la quittance subrogatoire peut être sous seing privé ou notariée, au gré des parties.

A quelles conditions est subordonnée la validité de la subrogation consentie par le débiteur ?

1367. — *Subrogation consentie par le débiteur au profit d'un tiers qui lui prête les fonds avec lesquels il paie sa dette.* — La validité de cette subrogation est subordonnée aux conditions suivantes. Il faut :

1° Que l'acte qui constate l'emprunt et celui qui constate le paiement soient l'un et l'autre *notariés ;*

2° Qu'il soit exprimé, dans l'acte d'emprunt, que les deniers sont prêtés sous la condition que le débiteur les emploiera à payer son créancier ; dans la quittance, que le paiement a, effectivement, été fait avec les deniers provenant du prêt (voy. la Form. 482).

Est-il nécessaire de faire deux actes, l'un constatant l'emprunt, l'autre le paiement ?

Lorsque l'emprunt et le paiement s'effectuent en même temps et devant le même notaire, il n'est pas nécessaire de dresser deux actes, l'un constatant l'emprunt, l'autre le paiement : il suffit d'un seul acte constatant tout à la fois le prêt et le paiement, avec la double mention que les fonds ont été prêtés pour payer le créancier, et que le paiement a été effectué avec les deniers provenant de l'emprunt.

Quid, si le créancier ne veut point donner une quittance indicative de l'origine des deniers qu'on offre de lui payer ?

Il est possible qu'un créancier ignorant, capricieux ou méchant, refuse de donner une quittance indicative de l'origine des deniers qu'on lui offre en paiement. Son mauvais vouloir ne peut pas être un obstacle à l'arrangement intervenu entre le débiteur et le bailleur de fonds ; mais comment en triompher ? On procède ainsi : le débiteur lui fait des offres réelles de la somme due, avec sommation de la recevoir et d'en donner une quittance indicative de l'origine des deniers, l'avertissant que, sur son refus, la somme offerte sera déposée au bureau des consignations (art. 1257 et suiv.). S'il persiste à ne pas recevoir, le débiteur consigne la somme offerte, et retire du préposé à la caisse des consignations un récépissé dans lequel il est fait mention de la déclaration du débiteur *que les deniers offerts au créancier et consignés* proviennent de l'emprunt. Ce récépissé, qui est authentique puisqu'il émane d'un officier public compétent, supplée la quittance notariée (1).

Quelle a été l'origine de la subrogation consentie par le débiteur ?

(1) La subrogation par le débiteur a été introduite par un Édit de 1609 sous Henri IV. En voici l'origine : Sous Charles IX, le cours des rentes était de 8 1/3 0/0 ; Henri IV le réduisit à 6 1/4 0/0. Les anciens débiteurs cherchèrent alors des prêteurs, afin d'acquitter, avec des fonds empruntés à 6 1/4, les rentes dont ils s'étaient primitivement chargés au taux de 8 1/3 0/0. Mais les capitalistes exigèrent des garanties que les débiteurs, pour la plupart obérés, ne purent pas donner. La faculté de transporter aux nouveaux prêteurs les garanties des anciens créanciers leur aurait procuré le crédit qui leur manquait ; mais, cette subrogation ne pouvant pas avoir lieu sans le consentement des créanciers, et ceux-ci, qui avaient intérêt à conserver leurs créances, refusant toujours de l'accorder, les emprunts furent impossibles. Les débiteurs continuèrent donc de payer l'intérêt au taux de 8 1/3 0/0. Henri IV, désireux de les secourir, leur permit de faire eux-mêmes la subrogation.

Dans quel but la loi exige-t-elle que l'acte d'emprunt et la quittance soient notariés?

1368. — L'authenticité des actes d'emprunt et de quittance prévient les subrogations frauduleuses ; elle empêche que les parties ne fassent revivre, au moyen d'actes mensongers, des hypothèques ou priviléges précédemment éteints. Une espèce fera comprendre ma pensée. J'emprunte une somme, à l'effet de payer un créancier hypothécaire et sous la condition de subroger mon nouveau créancier à l'ancien. L'acte d'emprunt, je le suppose, fait mention de cette condition. Mais, au lieu d'employer les fonds au paiement, je les dissipe, et c'est avec une somme venue d'ailleurs que je paie mon créancier hypothécaire : en conséquence, je retire une quittance pure et simple : l'hypothèque du créancier que j'ai désintéressé se trouve ainsi éteinte. Plus tard, je me ravise. Je désire faire acquérir à mon prêteur l'hypothèque que je lui avais promise et qu'il a manqué d'acquérir par ma faute. Rien ne serait plus facile si la loi n'avait point exigé, pour la perfection de la subrogation, une quittance notariée. J'irais trouver mon ancien créancier : « Les fonds que je vous ai payés, lui dirais-je, m'avaient été prêtés sous la condition que je les emploierais à vous désintéresser ; par inadvertance, j'ai négligé de vous faire cette déclaration et de la faire insérer dans la quittance que vous m'avez donnée. Je désire être en règle : rendez-moi service en réparant cet oubli ; donnez-moi une quittance portant déclaration que vous avez été payé avec les fonds provenant de l'emprunt. » Le créancier sans défiance donnerait le plus souvent la quittance, et la fraude serait consommée.

L'intervention d'un officier public prévient ce danger : car, pour réaliser cette subrogation frauduleuse, les parties seront obligées de prier l'ancien créancier de ne rien dire au notaire de ce qui s'est passé, de ne pasparler de la première quittance, recommandation qui lui fera comprendre l'importance et l'irrégularité de l'acte de complaisance qu'on lui demande. Mieux instruit alors, il refusera peut-être de prêter les mains au projet de fraude des parties. — J'ajoute que telle personne qui colluderait au moyen d'actes sous seing privé, sous le manteau de la cheminée, n'osera pas toujours réaliser ses projets de fraude par des actes authentiques, en présence d'un officier public et de plusieurs témoins : la solennité de l'authenticité a quelque chose de grave et d'imposant qui retient souvent dans le devoir les hommes qui n'ont pas une probité bien énergique.

Art. 1251.

Pourquoi la subrogation légale n'a-t-elle pas lieu dans tous les cas ?

1369. — II. *Subrogation légale.* — Si la loi eût accordé d'une manière générale la subrogation à tous ceux qui paient, avec leur propre argent, la dette d'autrui, elle se fût exposée à favoriser de mauvais desseins : car, tandis que celui-ci paie dans de bonnes vues, c'est-à-dire pour venir au secours du débiteur et rendre sa condition meilleure, celui-là, spéculateur habile, cherche peut-être dans le paiement qu'il offre, l'occasion de placer ses fonds avec de bonnes garanties, peut-être même un moyen de se substituer au créancier, afin de vexer de mille manières le débiteur qu'il poursuit de son ressentiment.

C'est afin de prévenir ce danger que la loi a posé en principe que ceux-là seulement acquièrent la subrogation qui la stipulent du créancier ou du débiteur. La subrogation n'a lieu de plein droit que par exception, dans certains cas rigoureusement déterminés et tels qu'il est évident que le tiers qui paie agit dans des vues honnêtes et légitimes. Ces cas sont au nombre de quatre.

Dans quels cas a-t-elle lieu?

1370. — La subrogation a lieu de plein droit :

Pourquoi celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques, est-il de plein droit subrogé?

1° « Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier *qui lui est préférable* à raison de ses priviléges ou hypothèques » (voy. la Form. 484). — Le créancier, placé au dernier rang, a un intérêt légitime à écarter, en les désintéressant, ceux qui doivent être payés avant lui : car, moins il y a de créanciers en conflit, moins fort est le montant des frais à faire pour parvenir à la vente des biens et à la distribution des fonds en provenant : économie précieuse, propre à désintéresser les créanciers, qui sans elle n'eussent rien obtenu peut-être de ce qui leur est dû, ou qui du moins n'en eussent reçu qu'une faible partie!

J'ajoute qu'il arrive souvent que les créanciers placés au premier rang poursuivent la vente des biens du débiteur dans un temps mal choisi et inopportun. Dans ce cas, les créanciers qui viennent après eux et qui ne seront pas payés peut-être, ou qui ne le seront qu'en partie, si la vente se fait mal, sont intéressés à écarter, en les payant, les créanciers impatients, afin qu'après s'être rendus maîtres de la position, ils puissent soit attendre, pour la vente des biens, un temps plus favorable, soit accorder des délais à leur débiteur, ce qui le mettra peut-être à même d'arranger ses affaires et de réaliser des bénéfices qui serviront à sa libération. — La loi devait favoriser ces arrangements, et c'est ce qu'elle fait en accordant aux créanciers qui les prennent le bénéfice de la subrogation.

Le créancier qui paie un autre créancier auquel il est préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques, est-il de plein droit subrogé?

La solution de la loi sur ce point n'est-elle pas sujette à critique?

Remarquons bien les termes qu'elle emploie : « La subrogation a lieu de plein droit au profit du créancier qui paie un autre créancier qui lui *est préférable*... » Concluons-en, d'une part, que la subrogation a lieu : 1° lorsqu'un créancier privilégié ou hypothécaire paie un autre créancier privilégié ou hypothécaire ayant rang avant lui; 2° lorsqu'un créancier chirographaire paie un créancier privilégié ou hypothécaire. Concluons-en, d'autre part, qu'elle n'a pas lieu lorsqu'un créancier privilégié ou hypothécaire paie un autre créancier privilégié ou hypothécaire placé *dans un rang inférieur au sien* (1).

Mais pourquoi n'a-t-elle pas lieu dans ce dernier cas? Tous les auteurs critiquent cette sévérité de la loi. Si le créancier qui paie un autre créancier *qui lui est préférable* est de plein droit subrogé, n'est-ce pas parce qu'il avait un intérêt légitime à payer, parce que la loi présume qu'il l'a fait pour éviter les frais et les contes-

(1) Cette disposition de la loi a donné lieu à un conflit très-curieux sur lequel j'ai été appelé à m'expliquer (voy. la *Rev. prat.*, t. III, p. 160 et s.).

tations, qui se multiplient par le nombre des créanciers, ou pour empêcher que les biens du débiteur ne soient vendus à contre-temps? Or, le créancier qui paie un autre créancier placé dans un rang inférieur au sien agit évidemment dans le même but; comme le premier, il paie dans des vues légitimes : la loi lui devait donc également protection.

Pourquoi l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué est-il de plein droit subrogé?

1371. — 2° « Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué » (1). — Voici l'espèce. Vous achetez un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques ; au lieu de payer le prix entre les mains du vendeur, vous le payez aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. Vous avez un intérêt légitime à faire ce paiement : car, en désintéressant les créanciers hypothécaires ou privilégiés, vous consolidez et conservez la possession de votre immeuble. De là la subrogation que la loi vous accorde.

Quel intérêt a-t-il à être subrogé?

« Mais, dira-t-on, quel intérêt l'acheteur a-t-il à être subrogé aux créanciers hypothécaires qu'il désintéresse? La subrogation a toujours pour objet d'assurer le recours de celui qui a payé ; or, en payant son prix entre les mains des créanciers hypothécaires de son vendeur, l'acheteur s'est libéré envers ce dernier : il n'a donc aucun recours à exercer. Ce n'est pas tout. L'acheteur est subrogé aux hypothèques dont est grevé l'immeuble qu'il vient d'acquérir : il a donc des hypothèques sur un immeuble qui lui appartient ! autant vaut dire qu'il est créancier de lui-même ! »

Ces objections seraient justes si l'acheteur acquérait sur l'immeuble un droit *définitif* de propriété ; mais il n'en est pas ainsi. Souvent, en effet, il arrive que son prix n'est pas suffisant pour payer *tous* les créanciers inscrits sur l'immeuble. Il se peut donc qu'il soit évincé par ceux des créanciers qu'il n'a pas désintéressés. Lorsque cette résolution de son droit se réalise, il est alors réputé n'avoir été ni débiteur du prix qu'il a payé, ce qui fait qu'il a un recours à exercer contre son vendeur, ni propriétaire de l'immeuble, ce qui fait qu'il a pu acquérir par la subrogation les hypothèques dont il est grevé.

Ainsi, lorsque l'acheteur est exproprié par ceux des créanciers hypothécaires qu'il n'a point payés, la subrogation lui permettant de faire valoir à son profit les hypothèques ou priviléges qui appartenaient aux créanciers premiers inscrits et par lui désintéressés, ce qu'il a payé lui est remboursé sur le prix de l'adjudication, par préférence aux autres créanciers.

Ne peut-on pas dire, d'une manière générale, que tout tiers acquéreur d'un immeuble qui paie les

1372. — Remarquons que la subrogation n'appartient pas seulement à l'acheteur qui emploie le *prix de son acquisition* à payer les créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué. Elle existe

(1) Voy., sur ce chef de subrogation, 1° une dissertation de M. de Caqueray, professeur à la Faculté de droit de Rennes (*Revue pratique*, t. VI, p. 81 et suiv.); 2° une autre dissertation, de M. Barillet, docteur en droit (même *Revue*, t. XIV, p. 20 et suiv.).

créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble est de plein droit subrogé ?

également au profit : 1° d'un acheteur qui, après avoir payé son prix d'acquisition entre les mains de son vendeur, désintéresse, avec des fonds qu'il ne doit pas, les créanciers inscrits, ou qui emploie à les désintéresser une somme plus forte que le prix d'acquisition ; — 2° d'un coéchangiste ; —3° d'un donataire.

La subrogation a lieu, en un mot, dans l'intérêt de tous ceux qui paient les créanciers auxquels l'immeuble qu'ils détiennent est hypothéqué. En effet, aux termes du n° 3 de notre article, la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant TENU *avec* ou *pour* d'autres au paiement de la dette, *avait intérêt de l'acquitter*. Or, le tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué est TENU de payer les créanciers inscrits, l'art. 2168 le dit positivement; il est tenu *pour* un autre, puisque le paiement qu'il fait lui donne le droit d'exercer un recours soit contre ceux qui sont envers lui garants de l'éviction (art. 1440, 1547, 2178), soit contre ceux qui étaient débiteurs de la dette hypothécaire (art. 1375) ; *il a intérêt à acquitter la dette*, car ce n'est qu'en la payant qu'il peut conserver la possession de l'immeuble. Ainsi, il est *tenu pour un autre*, il a *intérêt à acquitter* la dette : donc, s'il paie, il est de plein droit subrogé.

« Mais, dit-on, si la loi a cru devoir dire d'une manière spéciale, dans le n° 2 de notre article, que l'acheteur qui emploie son prix d'acquisition à payer les créanciers auxquels l'héritage était hypothéqué, est de plein droit subrogé, c'est qu'évidemment le n° 3 du même article ne s'applique pas aux détenteurs en général : car, si la loi avait eu la pensée d'accorder la subrogation à tout détenteur, quel qu'il fût, elle n'eût pas commis la faute de l'accorder à un certain détenteur en particulier. »

Je conviens que la loi n'est pas rédigée d'une manière irréprochable ; mais tout le monde sait que souvent il arrive que le législateur fait lui-même, à des cas particuliers, l'application d'une règle déjà établie ou qu'il se propose d'établir (voy. l'art. 744, combiné, d'une part, avec l'art. 730, et, d'autre part, avec l'article 787). Ainsi, personne ne doute que le n° 3 de notre article ne s'applique à la caution, et cependant la loi, dans l'art. 2029, subroge expressément la caution qui, de ses deniers, désintéresse le créancier. Il ne faut donc pas s'étonner de la voir ici appliquer le principe qu'elle va consacrer, lorsqu'on la voit ailleurs l'appliquer après qu'elle l'a déjà établi.

J'ajoute que, si elle s'est occupée d'une manière spéciale de l'acquéreur qui emploie son prix d'acquisition à désintéresser les créanciers inscrits, c'est que l'ancien droit, qui avait aussi sa règle générale sur les tiers-détenteurs, s'était occupé particulièrement du cas qui fait l'objet du n° 2 de notre article. — Enfin, si la loi subroge le *légataire* qui paie les créanciers investis d'une hypothèque sur l'immeuble légué (art. 874), pourquoi ne pas accorder le même bénéfice aux *donataires* et, à plus forte raison, aux *coéchan-*

gistes? Les acquéreurs *à titre onéreux* sont-ils donc moins favorables que les acquéreurs *à titre gratuit?*

Qu'est-ce qu'être tenu *pour* un autre?

1373. — 3° « Au profit de celui qui, étant tenu *avec* ou *pour* d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter » (voy. la Form. 483). Être tenu *pour* un autre, c'est être dans la nécessité légale de payer une dette qui doit être supportée par une *autre* personne, contre laquelle on a droit de recourir après qu'on a payé *pour* elle. Ainsi, la caution est *tenue* pour le débiteur.

Avec un autre?

On est tenu *avec* un autre lorsqu'on peut être contraint de payer la totalité d'une dette qui nous intéresse, en même temps qu'elle intéresse une autre personne, dette dont nous devons supporter une part définitivement et sans recours. Ainsi, celui qui emprunte solidairement une somme dont il prend sa part est tenu *avec* son co-emprunteur.

Celui qui est tenu *avec* un autre n'est-il pas également tenu *pour* un autre? Peut-on être tenu *pour* une autre personne sans être tenu *avec* elle?

Lorsqu'on est tenu *avec* un autre, on est également tenu *pour* un autre : car, quant à la portion de dette qui doit rester à la charge de notre coobligé, nous sommes tenu *pour* lui, puisque nous pouvons être contraint de la payer.

Au reste, cette distinction est peu utile. Elle n'est même pas rationnelle : car, lorsque Paul est tenu *pour* Jacques, Paul et Jacques sont tenus ensemble, l'un *avec* l'autre. On ne peut donc pas être tenu *pour* une autre personne, sans être tenu en même temps qu'elle, *avec* elle, et réciproquement.

Il suffit de savoir que la loi subroge celui qui est dans la nécessité légale d'acquitter la dette intéressant une autre personne, contre laquelle il peut recourir pour rentrer dans l'argent qu'il a employé à sa libération.

Pourquoi l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession est-il de plein droit subrogé?

1374. — 4° « Au profit de l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession. » Quoique l'héritier bénéficiaire ne soit pas tenu de payer de ses deniers les créanciers du défunt, il a cependant un intérêt légitime à les écarter : la liquidation d'une succession bénéficiaire est, en effet, d'autant plus compliquée et chargée de frais que le nombre des créanciers est plus grand. La loi a dû, par conséquent, soit dans l'intérêt même des créanciers, soit dans l'intérêt de la société, toujours intéressée à prévenir les complications, lui accorder, lorsqu'il paie avec ses deniers les dettes de la succession, la garantie de la subrogation.

30° *Répétition.*

§ III. — *De l'imputation des paiements.*

Art. 1253.

Qu'est-ce que l'*imputation?*

1375. — Lorsqu'un débiteur est tenu envers la même personne de plusieurs dettes ayant chacune pour objet des choses de même espèce, par exemple des sommes d'argent, et que la somme qu'il paie n'est pas suffisante pour les acquitter toutes, il importe alors de savoir laquelle de ces dettes a été payée : l'indication de la dette qui a fait l'objet du paiement s'appelle *imputation.*

Qui peut la faire?

Le droit de faire cette imputation appartient au débiteur : car il est le maître de disposer de son argent comme il l'entend. S'il

néglige de l'exercer, ce droit passe au créancier. A défaut d'imputation faite par le débiteur ou par le créancier, la loi la fait elle-même, d'après l'intention présumée des parties.

Art. 1254.

Le débiteur peut-il la faire comme il l'entend?

Cette faculté ne reçoit-elle pas cependant quelques limitations?

1376. — I. *Imputation par le débiteur.* — Le débiteur peut la faire comme il l'entend, sauf les restrictions suivantes. Il ne peut pas la diriger :

1° Sur celle des dettes dont le chiffre dépasse la somme qu'il offre en paiement : on sait, en effet, que le créancier ne peut pas être contraint de recevoir un paiement *partiel* (art. 1244);

2° Sur une dette non échue, lorsque le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier;

3° Sur le *capital*, par préférence aux *intérêts* ou *arrérages* échus.

Quid, si la quittance porte que le paiement a été fait *à compte du capital et des intérêts*?

« Le paiement, ajoute l'art. 1254, fait *sur* le *capital* et les *intérêts*, mais qui n'est point intégral, s'impute *d'abord* sur les *intérêts*. » Un créancier accepte en paiement une somme supérieure aux intérêts qui lui sont dus, mais inférieure au capital: la quittance qu'il délivre, et que le débiteur accepte, porte que la somme a été payée *à compte du capital et des intérêts*. Bien que, dans cette imputation, le *capital* soit nommé avant les *intérêts*, il n'est pas vraisemblable que le créancier ait entendu diriger l'imputation sur une dette qui produit des intérêts (la dette du capital) plutôt que sur celle qui n'en produit pas (la dette des intérêts) : aussi la loi décide-t-elle que, nonobstant les termes de la quittance, la somme reçue s'imputera *d'abord* sur les *intérêts* et *subsidiairement* sur le *capital*.

Art. 1255.

Quid, si le débiteur ne fait pas lui-même l'imputation?

1377. — II. *Imputation par le créancier.* — Le débiteur qui paie sans faire l'imputation confie au créancier le soin de la faire lui-même : il ratifie tacitement, en acceptant la quittance que lui délivre le créancier, l'imputation qu'elle contient, à moins qu'il n'y ait eu dol ou *surprise* de la part du créancier. Ainsi, le débiteur qui attaque l'imputation contenue dans la quittance qu'il a acceptée, n'a pas besoin, pour la faire tomber, de prouver l'existence d'un dol *caractérisé* (voy. l'art. 1116); il suffit qu'il établisse qu'il a été *surpris*, qu'on a, par exemple, abusé de sa simplicité ou de son ignorance.

Art. 1256.

Quid, si l'imputation n'a été faite ni par le débiteur ni par le créancier?

1378. — III. *Imputation par la loi.* — Lorsque la quittance ne contient aucune imputation, la loi trace aux juges les règles d'après lesquelles elle doit être faite. Le paiement doit être imputé :

1° Lorsque les dettes étaient les unes exigibles, les autres non exigibles, *sur celles qui étaient échues* plutôt que sur celles qui ne l'étaient pas ;

2° Lorsque plusieurs d'entre elles sont pareillement échues, ou qu'elles le sont toutes, *sur celle que le débiteur avait au moment du paiement le plus d'intérêt d'acquitter, c'est-à-dire sur la plus onéreuse*. Ainsi, l'imputation doit être faite sur celle des dettes qui entraîne la contrainte par corps plutôt que sur celle qui ne l'entraîne pas, sur la dette garantie par un privilége ou une hypothèque

plutôt que sur une dette chirographaire. Au reste, tout dépend des circonstances.

3° Lorsque les dettes sont d'égale nature et telles que le débiteur n'avait pas d'intérêt d'acquitter l'une plutôt que l'autre, *sur la plus ancienne ;* toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement.

Entre deux dettes de même nature, et telles que le débiteur n'a pas plus d'intérêt à payer l'une plutôt que l'autre, l'imputation se fait sur *la plus ancienne :* que faut-il entendre par dette *la plus ancienne?* est-ce celle qui est *échue* la première?

Mais que faut-il entendre par dette *la plus ancienne?* est-ce celle qui est *née* ou celle qui est *échue* la première? Suivant l'opinion générale, la première *échue* est la plus ancienne.

Cette solution me semble contestable. Le législateur parle ordinairement la langue pratique ; or, dans le langage habituel, la dette la plus ancienne est évidemment celle qui est la plus vieille, c'est-à-dire celle qui est née *avant* les autres. J'ajoute que l'art. 1256 a été, à peu de chose près, littéralement copié dans Pothier, qui entendait, par dette *la plus ancienne*, celle qui était *née* la première. En effet, après avoir posé en principe que l'imputation se fait sur la plus ancienne des dettes lorsqu'elles sont de même nature, il fait remarquer que, si elles sont *nées* LE MÊME JOUR, la première *échue* est alors *réputée* la plus ancienne; c'est donc uniquement dans cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque les dettes sont *nées* LE MÊME JOUR, qu'il faut s'attacher à la date de leur *échéance* pour déterminer laquelle est la plus ancienne : d'où l'on peut conclure que, dans l'hypothèse contraire, c'est à la date de la *formation*, et non à celle de l'*exigibilité* des créances, qu'il faut s'attacher.

§ IV. — *Des offres de paiement et de la consignation.*

Art. 1257.

Un débiteur ne peut-il pas avoir intérêt à éteindre sa dette en la payant?

1379. — GÉNÉRALITÉS. — Toute obligation, en affectant les biens du débiteur, porte atteinte à son crédit. L'obligation qui a pour objet un corps certain met à sa charge la garde de la chose due. Celle qui a pour objet des choses non déterminées individuellement laisse à ses risques et périls les objets qu'il tient en réserve pour le paiement.

Un débiteur peut donc avoir un intérêt marqué et légitime à éteindre son obligation, quand est venu le moment de l'exécuter.

Mais que fera-t-il pour se libérer si le créancier refuse le paiement qui lui est offert?

Mais, si le créancier refuse le paiement qui lui est offert, que fera le débiteur qui tient à se libérer? La loi a prévu et réglé cette hypothèse : elle fournit au débiteur un moyen d'obtenir, nonobstant la résistance du créancier, une position équipollente à celle que lui procurerait un paiement proprement dit. Le débiteur fait faire au créancier, par un huissier ou par un notaire, des offres *réelles* de la chose due.

Qu'entend-on par offres *réelles*?

Par offre *réelle*, on entend la *présentation* au créancier de la chose due, avec *offre* de la recevoir. Les offres qui ne sont pas accompagnées de l'*exhibition de la chose due* ne suffisent point : car rien ne prouve qu'elles sont sincères. Elles ne donnent point d'ailleurs au créancier le pouvoir d'appréhender la chose et d'en disposer.

Si le créancier refuse de recevoir la chose qui lui est ainsi offerte et présentée, l'huissier dresse procès-verbal des offres qui ont été faites et du refus de les accepter; après quoi, le débiteur lui fait faire sommation de se trouver tel jour, à telle heure, dans tel lieu, pour y recevoir les choses qui lui ont été offertes, l'avertissant que, faute par lui de les accepter, elles seront *consignées*, c'est-à dire déposées dans un certain lieu où elles resteront à ses risques et périls. S'il ne vient pas au lieu indiqué ou si, étant présent, il persiste dans son premier refus, le débiteur effectue le dépôt des choses qu'il a vainement offertes. — Ce dépôt, joint aux offres réelles, place le débiteur dans une position équipollente à celle que lui aurait procurée un paiement ordinaire. Dès cet instant, toute action est éteinte contre lui; les choses consignées sont aux risques et périls du créancier, qui peut les exiger du consignataire devenu son débiteur.

Telle est, en substance, la théorie des offres et de la consignation. Étudions-en les détails.

Nous distinguerons : 1° les dettes de sommes d'argent; 2° les dettes de corps certains; 3° les dettes ayant pour objet des choses indéterminées autres qu'une somme d'argent.

Art. 1258.

1380. — I. *Dettes de sommes d'argent. Conditions auxquelles est subordonnée la validité des offres.* — Pour que les offres réelles soient valables, il faut :

A quelles conditions est subordonnée la validité des offres ?

1° « Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui » (comp. article 1239);

2° « Qu'elles soient faites par une personne capable de payer, » car le créancier ne peut pas être contraint de recevoir un paiement que la loi déclare vicieux (art. 1238);

3° « Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire : » c'est une application du principe que le créancier ne peut pas être contraint de recevoir des paiements *partiels* (art. 1244);

4° « Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier »;

5° « Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée : » ce serait changer les rôles et constituer le créancier débiteur conditionnel de la chose payée (car il serait tenu de la rendre dans le cas où la condition viendrait à défaillir) que de le forcer à la recevoir *pendente conditione ;*

Où doivent-elles être faites ?

6° « Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. »

La décision de la loi sur ce point est-elle juste dans le cas

Lorsque les parties n'ont point, par leur convention, indiqué le lieu où doit se faire le paiement, la loi le détermine elle-même :

où le débiteur a le droit de payer à son domicile ?

le débiteur a le droit de payer à son domicile; c'est au créancier à venir chez le débiteur réclamer ce qui lui est dû, et non pas au débiteur à porter chez le créancier la somme qu'il lui doit (article 1247). Cependant, aux termes du n° 6 de notre art. 1258, si le créancier ne vient pas réclamer le paiement de sa créance, le débiteur qui veut se libérer est obligé de lui faire des offres réelles à son domicile, c'est-à-dire de lui envoyer un huissier qui lui présente la somme due et offre de la lui payer. Il eût été plus sage, ce me semble, de permettre au débiteur de faire à son créancier sommation de venir recevoir les fonds qu'il tient à sa disposition et, sur son refus, de les consigner. Mais la loi est formelle.

Art. 1260.

Qui supporte les frais des offres réelles ?

Par qui peuvent-elles être faites ?

Il est bien entendu, au reste, que les frais qui ont été occasionnés par suite de la *nécessité* où s'est trouvé le débiteur de présenter au domicile du créancier restent à la charge de ce dernier.

7° « Qu'elles soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes. » Les offres sont ordinairement faites par un huissier; mais elles peuvent également l'être par un notaire. La présentation des espèces et le procès-verbal qui en est dressé sont, en effet, des actes extrajudiciaires; or, les notaires sont compétents pour faire les actes de cette nature (voy. art. 173, C. comm., arg. d'anal.) (1).

Art. 1259.

A quelles conditions est subordonnée la validité de la consignation ?

Faut-il, pour la faire, obtenir une autorisation préalable du juge ?

1381. — *Conditions auxquelles est soumise la validité de la consignation.* — « Il n'est pas nécessaire pour la validité de la consignation qu'elle ait été autorisée par le juge. » Suivant la jurisprudence du Châtelet de Paris, le débiteur devait, après avoir fait ses offres, se faire autoriser à consigner; à défaut de cette autorisation préalable, la consignation n'était pas valable. Pothier soutenait l'opinion contraire; son avis a prévalu. Ainsi, pour que la consignation soit valable, il suffit :

1° « Qu'elle ait été précédée d'une sommation, signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la somme offerte sera déposée » (voy. la Form. 492). Cette sommation a pour but de mettre le créancier en mesure d'empêcher les frais qu'entraînera la consignation s'il la laisse faire.

Où doit-elle être faite ?

2° « Que le débiteur se soit dessaisi de la somme offerte, en la remettant *dans le dépôt indiqué par la loi* pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt. » Le lieu où doit s'effectuer le dépôt est connu sous le nom de *Caisse des consignations*. Les préposés de cette caisse sont, à Paris, le caissier; dans les chefs-lieux de département, le receveur général (2); dans les chefs-lieux d'arrondissement, le receveur particulier des finances.

3° « Qu'il y ait un procès-verbal, dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et, enfin, du dépôt » (voy. les Form. 491 et 493).

(1) Voy., dans les art. 812 et 813, C. pr., une huitième condition.
(2) Le receveur général s'appelle aujourd'hui *trésorier-payeur général*.

4° « Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal de dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la somme déposée » (voy. la Form. 494).

Art. 1257, 1261, 1262 et 1263.

1382. — *Des effets des offres et de la consignation.* — Les offres suivies d'une consignation libèrent le débiteur lorsqu'elles sont valablement faites.

Quel effet les offres produisent-elles quand elles sont suivies de la consignation ?

La libération du débiteur date-t-elle du jour des *offres* ou du jour de la *consignation* ?

A partir de quel jour les choses offertes sont-elles aux risques du créancier ?

De quel jour le cours des intérêts est-il arrêté ?

La libération du débiteur date-t-elle du jour des *offres*, ou seulement du jour de la *consignation* ? Quelques personnes pensent que la libération remonte au jour des *offres*. « Le Code, disent-elles, déclare positivement que les *offres* libèrent le débiteur. A la vérité, cet effet des offres est conditionnel, subordonné à la consignation des sommes offertes; mais toute condition suspensive qui se réalise a un effet rétroactif. » — Suivant l'opinion commune, au contraire, la libération ne date que du jour de la *consignation*. Cette phrase de l'art. 1257 : « Les *offres* suivies de la *consignation* libèrent le débiteur..., » ne signifie point que le premier de ces deux faits opère la libération sous condition qu'il sera suivi du second; il faut l'entendre en ce sens que la libération résulte de ces deux faits réunis. Et, en effet, si la dette était éteinte du jour des offres, il faudrait en conclure : 1° que dès ce jour le cours des intérêts a été arrêté; or, aux termes de l'art. 1259, ils continuent de courir *jusqu'au jour de la consignation;* 2° que les choses offertes ont été, du jour des offres, aux risques et périls du créancier; or, aux termes de l'art. 1257, les choses offertes ne passent aux risques et périls du créancier qu'*après qu'elles ont été consignées*.

Ainsi, c'est la consignation précédée des offres qui opère la libération.

L'art. 816 du Code de procédure n'a-t-il pas modifié le Code Napoléon, en ce qui touche le moment à partir duquel le cours des intérêts a été arrêté ?

Qu'est-ce que le *jour de la réalisation* dont il est parlé dans cet article ?

1383. — Mais l'art. 816 du Code de procédure n'a-t-il pas modifié ce système, en ce qui touche le moment à partir duquel les intérêts cessent de courir ? Lisons-le : « Le jugement qui déclarera les offres valables ordonnera, *dans le cas où* la consignation n'aurait pas encore eu lieu, que, faute par le créancier d'avoir reçu la somme offerte, elle sera consignée; *il prononcera la cessation des intérêts* DU JOUR DE LA RÉALISATION. »

Quel est le sens de ce mot *réalisation* ? Suivant l'opinion générale, la *réalisation* n'est rien autre chose que le dépôt, la réalisation des sommes offertes dans la caisse des consignations, en d'autres termes, la *consignation*. Dans ce système, l'art. 816 ne déroge point au Code Napoléon; il le confirme.

1384. — Une autre explication a été présentée. Il faut, pour la comprendre, rappeler la jurisprudence du Châtelet de Paris. Selon cette jurisprudence, le débiteur qui avait fait des offres réelles devait, avant de consigner, obtenir du tribunal une autorisation à cet effet; le débiteur, lors de sa demande en autorisation, *réitérait* ses offres à l'audience : cette *réitération* des offres à l'audience s'appelait *réalisation*.

Le Code Napoléon porte qu'on peut consigner valablement sans être tenu d'obtenir une autorisation préalable (voy. le n° 1381);

mais il n'exclut point l'ancienne procédure du Châtelet de Paris. Le débiteur peut donc, avant de consigner, se faire autoriser à cet effet par le tribunal. C'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 816 du Code de procédure. On y suppose qu'avant de consigner, le débiteur, poursuivant la validité de ses offres, demande l'autorisation de consigner les sommes qu'il offre de nouveau au créancier : si le créancier n'accepte pas, le tribunal ordonne la consignation et arrête le cours des intérêts à compter du jour de la *réalisation*, c'est-à-dire de la réitération des offres faite à l'audience.

On justifie ainsi ce système :

1° Les rédacteurs de l'art. 816, C. pr., étaient tous d'anciens praticiens qui, pendant de longues années, avaient exercé au Châtelet de Paris.

2° Ils ont reproduit le même mot que celui qui était autrefois en usage; il n'est pas probable qu'ils aient entendu lui attribuer un sens nouveau. S'ils avaient voulu arrêter le cours des intérêts du jour de la *consignation*, ils se seraient certainement servis du mot *consignation*, puisque ce mot seul pouvait rendre clairement leur pensée, le mot *réalisation* exprimant pour eux une tout autre idée que celle qu'entraîne le mot *consignation*.

3° Si le mot *réalisation* était dans l'art. 816 le synonyme du mot *consignation*, cet article serait inutile, puisqu'il ne ferait que répéter ce qui se trouve déjà dans le Code Napoléon.

— Ainsi, l'art. 816 introduit une distinction que n'avait pas faite le Code Napoléon : si la consignation est faite sans autorisation préalable, les intérêts cessent de courir du jour de la *consignation* (C. N., art. 1259-2°); si, au contraire, le débiteur, avant de consigner, demande préalablement la validité de ses offres, les intérêts cessent de courir du jour où il *réitère* ses offres à l'audience (M. Val.).

La libération que la consignation précédée des offres procure au débiteur est-elle de la même nature que celle qui résulte d'un paiement?

En quel sens libère-t-elle le débiteur?

1385. — Il nous reste à déterminer la nature de la libération que la consignation précédée des offres procure au débiteur. Le Code nous dit qu'*elle tient lieu de paiement*. Ce n'est donc pas un paiement proprement dit! Et, en effet, elle en diffère sous un rapport essentiel. Le paiement éteint *irrévocablement* la dette avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques, cautionnements. La consignation précédée des offres libère bien le débiteur, en ce sens : 1° qu'elle le met à l'abri des poursuites du créancier; 2° qu'elle arrête le cours des intérêts; 3° qu'elle met les choses offertes aux risques et périls du créancier. Sous ce triple rapport, elle est équivalente au paiement; mais elle en diffère en ce sens qu'elle ne dépouille point le débiteur de la propriété des objets consignés. Il est le maître de les reprendre, et, s'il use de son droit, les choses sont remises au même état qu'auparavant. Sa dette n'a jamais été éteinte; elle continue d'exister avec toutes les garanties, cautionnements, hypothèques ou priviléges, qui en assuraient le paiement.

Sous quel rapport diffère-t-elle du paiement?

Quand donc le débiteur est-il définitivement libéré?

— Quand donc est-elle éteinte *irrévocablement*, avec tous ses accessoires, toutes ses garanties?

ment, irrévocablement libéré?

Le débiteur est irrévocablement libéré, les garanties qui assuraient le paiement de sa dette sont définitivement éteintes, *à partir du jour où la consignation a été acceptée* par le créancier ou, à défaut d'acceptation, déclarée bonne et valable par un jugement passé en force de chose jugée (voy. les Form. 495 et 495 *bis*). En acceptant la consignation, le créancier accepte en paiement les objets actuellement détenus par le consignataire : les choses doivent donc se passer comme elles se seraient passées si le débiteur eût payé entre les mains de son créancier. Tout est consommé! la dette et ses accessoires sont à jamais éteints; les cautions, comme le débiteur, sont irrévocablement libérées? Le débiteur n'a plus le droit de retirer les choses consignées, car désormais elles ne lui appartiennent plus. — Le créancier peut, il est vrai, lui permettre de les reprendre. Mais ce retirement ne fait pas revivre l'ancienne dette avec ses anciennes garanties : un nouveau contrat se forme entre eux, une nouvelle dette est créée, qui n'a et ne peut avoir d'autres garanties que celles que le créancier stipule expressément.

Quid, si le créancier qui a accepté la consignation permet au débiteur de retirer les choses consignées?

Si le créancier refuse d'accepter la consignation, le jugement passé en force de chose jugée, qui la déclare valable, tient-il lieu de l'acceptation?

1386. — Ce que j'ai dit de l'acceptation de la consignation par le créancier, il faut également le dire du jugement passé en force de chose jugée qui déclare la consignation bonne et valable : car tout jugement équivaut à un acquiescement de la part de celui qui succombe : *judiciis quasi contrahimus.*

Il faut entendre ici par *jugement passé en force de chose jugée*, celui qui ne peut pas ou qui ne peut plus être attaqué, ni par la voie de l'appel ni par la voie de l'opposition, et, par conséquent : 1° celui qui a été rendu en dernier ressort et contradictoirement; 2° celui qui a été rendu en premier ressort ou par défaut, mais qui ne peut plus être attaqué par les voies d'appel ou d'opposition, parce que les délais d'appel ou d'opposition sont expirés.

Dans l'un et l'autre cas, le jugement tient lieu de l'acceptation; il lie irrévocablement les deux parties.

Si ce jugement est susceptible d'appel ou d'opposition, le débiteur a-t-il le droit de reprendre les choses consignées, et, s'il les reprend, la dette continue-t-elle d'exister avec tous ses accessoires?

S'il est susceptible d'appel ou d'opposition, le résultat n'est plus le même. Mais quel est-il? Le débiteur a-t-il le droit de reprendre les choses consignées, et, s'il les reprend, sa dette continue-t-elle d'exister avec toutes ses garanties? Je distingue :

Le débiteur n'a pas le droit de les reprendre si le créancier n'use point des voies d'appel ou d'opposition que la loi met à sa disposition. Et, en effet, le droit d'attaquer le jugement n'appartient qu'à la partie qui a succombé, au créancier, dans l'espèce : lui seul a le droit de se plaindre et de remettre tout en question, en attaquant le jugement. Tant qu'il reste dans l'inaction, le quasi-contrat judiciaire demeure intact; il subsiste dans sa plénitude.

Le débiteur, au contraire, a le droit de les reprendre si le créancier attaque le jugement : car alors tout est remis en question.

Comment le débiteur qui veut se libérer doit-il procéder lorsque la dette a pour objet, non pas une somme d'argent, mais un *corps certain*?

1387.—II. *Des dettes de corps certains* (voy. la Form. 496).—On conçoit que, lorsqu'il s'agit de la dette de corps certains, la théorie des offres *réelles* n'est plus possible. Cela est bien évident quant aux choses qui ne sont pas susceptibles de déplacement. Quant aux choses qui peuvent être transportées d'un lieu dans l'autre, il eût été ridicule de forcer le débiteur qui veut se libérer à les faire voiturer jusqu'au domicile du créancier. La loi l'affranchit donc de la nécessité des offres réelles. Elles sont remplacées par une sommation, qu'il fait faire au créancier, de venir prendre délivrance là où la délivrance doit avoir lieu. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève point la chose offerte et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci peut se faire autoriser par la justice à la déposer dans un lieu qu'elle détermine.

Sous quels rapports la procédure à suivre dans ce cas diffère-t-elle de celle qui est suivie quand l'obligation a pour objet une somme d'argent?

Ainsi, la procédure diffère, sous trois rapports, de celle qui est suivie pour les obligations de sommes d'argent: 1° les offres réelles sont remplacées par une sommation au créancier de venir recevoir là où la chose doit être délivrée; 2° la consignation ne peut être faite qu'en vertu d'une permission de la justice; 3° le lieu où la chose doit être déposée est déterminé, non pas par la loi, mais par la justice. Toutefois, en cas d'urgence, le débiteur peut faire le dépôt sans autorisation préalable, dans un lieu qu'il choisit lui-même, sauf à faire ratifier par la justice ce qu'il a fait de son propre chef.

Si la dette a pour objet des choses indéterminées autres qu'une somme d'argent, si elle a pour objet, par exemple, tant de barriques de vin *in genere*, quelles règles de procédure faut-il suivre? celles qui régissent les dettes de sommes d'argent, ou celles qui régissent les dettes de corps certains?

1388. — III. *Dettes ayant pour objet des choses indéterminées autres que des sommes d'argent, par exemple, tant de barriques de vin* IN GENERE, *tant de mesures de blé* (voy. la Form. 999). — Quelles règles de procédure suivrons-nous dans ce cas? Faut-il appliquer aux dettes de cette nature les règles qui régissent les dettes de sommes d'argent, ou celles qui régissent les dettes de corps certains?

La plupart des auteurs suivent le second parti. Dans ce système, le débiteur fait au créancier sommation de venir recevoir, dans le lieu où la délivrance doit être faite, et qu'il indique, les objets qu'il entend livrer en paiement, et qu'il désigne individuellement; cette sommation faite, si le créancier ne vient pas recevoir, au lieu et au jour indiqués, les choses offertes et désignées dans la sommation, le débiteur s'adresse à la justice, qui l'autorise à les déposer dans un lieu qu'elle désigne (1).

Le premier parti me semble, au contraire, préférable. L'article 1264 ne parle que des dettes de *corps certains;* les art. 1257 et suiv. parlent, au contraire, cumulativement des dettes ayant pour objet une *chose* ou une *somme d'argent :* c'est donc aux dettes qui ont pour objet des sommes d'argent qu'il faut assimiler celles qui ont pour objet des choses non individuellement déterminées.

(1) MM. Dur., t. XII, n° 221 ; Marc., art. 1257; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 136.

Cette assimilation se retrouve dans les art. 812 (1), 814 et 816 du Code de procédure. Pothier la faisait lui-même ; or, les articles qui réglementent la théorie des offres réelles et de la consignation ne sont que le résumé de ses doctrines sur cette matière.

On fait contre ce système plusieurs objections :

1° Aux termes de l'art. 1264, lorsque l'obligation a pour objet *un corps certain*, la procédure des offres réelles est remplacée par une sommation que le débiteur fait faire à son créancier de venir enlever la chose qui lui est due... Or, le débiteur d'une *chose indéterminée* peut, en laissant ou en transportant au lieu déterminé pour la livraison, la chose qu'il entend payer, *transformer sa dette en une dette de* CORPS CERTAIN, et se placer ainsi dans le cas réglé par l'art. 1264.

Je réponds que le débiteur ne peut pas, à lui seul et sans le concours du créancier, faire cette transformation. On sait, en effet, que les dettes qui ont pour objet des choses indéterminées ne s'éteignent point par la perte des choses que le débiteur se proposait de payer au créancier, tandis que les dettes de corps certains s'éteignent par la perte de la chose due (art. 1302); or, le débiteur peut-il dénaturer le droit du créancier et l'exposer à des chances de perte auxquelles il n'est pas soumis ? Personne ne le croira jamais (voy., sous le n° 1231, un cas analogue)!

2° Le débiteur qui voudra se libérer devra donc, s'il est tenu de faire des offres *réelles*, faire voiturer au domicile du créancier, à cent et deux cents lieues peut-être de la ville où la délivrance doit être faite, les choses dont il est débiteur? ce serait absurde!

Cela est absurde sans doute ; mais la question n'est pas de savoir si la loi est ou non rationnelle : nous ne recherchons que ce qu'elle décide. Or, aux termes de l'art. 1257, le débiteur qui veut se libérer doit faire présenter au domicile du créancier les *choses* ou les *sommes* qu'il lui doit. Qu'il s'agisse de *choses* ou qu'il s'agisse de *sommes d'argent*, la loi est sujette à critique (voy. le n° 1380-6°); *dura lex, sed lex*.

3° Aux termes de l'art. 1259, qui est le complément des articles qui le précèdent, la consignation doit être faite dans le lieu indiqué par la loi ; le lieu que la loi indique est la caisse des consignations. Or, cette caisse n'a été instituée que pour recevoir des sommes d'argent : donc les art. 1257 et suiv. n'ont trait qu'aux dettes de sommes d'argent.

Cette conclusion n'est pas juste. La loi n'a, il est vrai, déterminé le lieu de la consignation que pour les dettes de sommes

(1) Cet art. 812 est on ne peut plus formel : il suffit de le lire pour rester convaincu que la procédure des offres est applicable aux dettes qui ont pour objet des choses qui ne sont point individuellement déterminées, aussi bien qu'aux obligations qui ont pour objet des sommes d'argent. « Tout procès-verbal d'*offres*, y est-il dit, désignera l'*objet* offert...; et, si ce sont des *espèces*, il en contiendra l'énumération et la qualité... »

d'argent; mais qu'en conclure? que ce lieu sera désigné, quant aux dettes de *choses* indéterminées autres que de l'argent, soit par le débiteur lui-même, soit par la justice.

Ainsi, dans le système que je soutiens, le débiteur de choses indéterminées doit, comme le débiteur de sommes d'argent, faire des offres réelles; après quoi il peut soit consigner dans un lieu qu'il choisit lui-même, sauf à faire ensuite ratifier le choix qu'il fait, soit se faire autoriser par la justice à consigner dans un lieu qu'elle détermine.

1389. — Terminons par deux observations :

Le tiré, en matière de lettre de change, est-il tenu, quand il veut se libérer, de faire des offres réelles?

1° Lorsque le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ne se présente pas au jour de l'échéance ou dans les trois jours qui suivent, le débiteur peut se libérer par le seul fait de la consignation : la procédure des offres n'est pas nécessaire. — Le créancier qui se présente plus tard pour être payé reçoit du débiteur l'acte qui constate la consignation (voy. l'Ordonnance du 3 juillet 1816).

Cette dérogation au droit commun s'explique par la nature même des choses. Le débiteur, dans l'espèce, ignore presque toujours le nom et le domicile du créancier : dès lors, où et à qui présenter la somme due (1)?

Que peut faire celui qui est tenu d'une obligation de *faire*, lorsqu'elle est de telle nature qu'elle ne peut pas être accomplie sans le concours du créancier, et que celui-ci refuse son concours?

2° Le Code ne dit rien des obligations de *faire* : comment donc le débiteur qui veut se libérer triomphera-t-il de la résistance du créancier, si l'obligation est de telle nature qu'elle ne puisse être exécutée sans la coopération de ce *dernier*? Ainsi, je me suis engagé à faire votre portrait moyennant la somme de... que vous m'avez promise; vous refusez de poser : que ferai-je? Je vous ferai sommation de fournir votre coopération à l'exécution de la convention; cette sommation faite, si elle reste sans effet, je demanderai à la justice, conformément à l'art. 1184, la résolution du contrat, avec dommages et intérêts.

Art. 1260.

Qui supporte les frais des offres et de la consignation?

1390. — *Frais des offres et de la consignation.* — C'est au créancier à les supporter, puisque c'est lui qui, par sa faute, les a rendus nécessaires. Il faut, toutefois, en déduire ceux qui auraient été à la charge du débiteur, si la dette eût été acquittée à l'amiable : ainsi, par exemple, les frais de la quittance délivrée par le dépositaire de la chose consignée sont à la charge du débiteur.

§ V. — *De la cession de biens.*

Art. 1265 et 1266.

Combien y a-t-il de cessions de biens?

Qu'est-ce que la cession de biens?

1391. — Observation. — La cession de biens est *volontaire* ou *judiciaire*. Le Code la définit : « l'abandon qu'un débiteur fait de *tous* ses biens lorsqu'il se trouve *hors d'état de payer ses dettes.* »

Cette définition n'est pas bonne. Elle ne convient ni à la cession *volontaire*, car un débiteur, quand il est d'accord avec ses créan-

(1) Comp. le *Traité de droit commercial* par MM. Bravard et Demangeat, t. III, p. 366-369.

La définition qu'en donne le Code est-elle exacte?

ciers, peut, sans qu'il y ait à distinguer s'il est ou non *hors d'état de payer ses dettes,* leur abandonner *tous* ses biens ou une *partie* seulement; ni à la cession *judiciaire*, car il ne suffit pas qu'un débiteur soit hors d'état de payer ses dettes pour qu'il ait le droit d'invoquer ce bénéfice, il faut encore qu'il soit *malheureux, de bonne foi* et *soumis à la contrainte par corps* (art. 1268).

Art. 1267.

1391 *bis*. — I. *Cession de biens volontaire*. — La cession de biens volontaire est celle qui est proposée par le débiteur à ses créanciers et acceptée par eux (voy. les Form. 467 à 498 *bis*).

Qu'est-ce que la cession de biens volontaire?

Quels effets produit-elle?

Quant aux effets qu'elle produit, il est impossible de les connaître *à priori*. Consultez le titre qui la constate, étudiez-en les clauses, et ses effets vous seront connus. En d'autres termes, elle produit les effets que les parties déterminent elles-mêmes.

Si les parties conviennent que les créanciers auxquels les biens sont abandonnés en auront la pleine propriété, cette *datio in solutum* libère-t-elle le débiteur pour le tout, ou ne le libère-t-elle que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés?

Ainsi, 1° elles peuvent convenir que le débiteur sera libéré moyennant l'abandon de ses biens en toute propriété à ses créanciers : la cession est alors une véritable *datio in solutum* (voy. le n° 1338). Cette dation en paiement a l'étendue que les parties lui ont donnée. Si, par exemple, le débiteur a plus de dettes que de biens, il peut être convenu que le débiteur sera libéré seulement jusqu'à concurrence de la valeur qu'il abandonne, ou qu'il sera libéré pour le tout, auquel cas la dation en paiement contient une remise de la portion des dettes qui excède la valeur des biens. Enfin, la dation peut comprendre ou *tous* les biens ou une *partie* seulement.

A quoi sert la cession lorsqu'elle n'est point translative de la propriété des biens abandonnés?

2° Les parties peuvent convenir que les créanciers ne deviendront point propriétaires des biens cédés, qu'ils auront seulement le droit de les faire vendre et de se payer sur le prix en provenant. « Mais, dira-t-on, les créanciers n'ont-ils pas déjà le droit de saisir et de faire vendre les biens de leur débiteur? Quel intérêt les parties ont-elles donc à faire cet arrangement? » Un très-grand ! Selon le droit commun, lorsque le débiteur ne se met pas en règle, ses créanciers, qui veulent être payés, sont obligés de recourir à la saisie des biens. Or, la procédure des saisies est longue, compliquée et fort coûteuse. L'abandon des biens a précisément pour objet d'éviter les lenteurs, les complications et les frais considérables qu'entraîne la saisie. Le débiteur dit à ses créanciers : « Voici mes biens : vendez-les à l'amiable, ou faites-les vendre en justice, mais sans passer par la filière des formes si lentes et si ruineuses de la saisie; je vous donne mandat à cet effet. »

Dans ce cas, le débiteur peut-il aliéner les biens abandonnés?

Servent-ils de gage à ses nouveaux créanciers?

Ce mandat est irrévocable : car il est donné, non pas seulement dans l'intérêt du débiteur, mais aussi dans celui des créanciers. Le débiteur ne peut donc point en retirer ou en amoindrir les effets, soit en aliénant les biens abandonnés, soit en contractant de nouvelles dettes. Il ne peut point faire par voie détournée ce qu'il ne peut point faire directement : s'il vend ou s'il donne les biens qu'il a abandonnés, cette aliénation n'est pas opposable à ses créanciers; s'il contracte de nouvelles dettes, ses nou-

veaux créanciers n'ont pas le droit de concourir avec ses créanciers cessionnaires sur le prix provenant de la vente des biens abandonnés.

Art. 1268 à 1270.

1392. — II. *Cession judiciaire* (voy. les Form. 499 à 501). — La cession judiciaire est celle que le débiteur impose à ses créanciers lorsqu'ils refusent de l'accepter. C'est un bénéfice que la loi accorde aux contraignables par corps : il consiste dans la faculté qu'a le débiteur de conserver sa liberté sous la condition d'abandonner tous ses biens à ses créanciers.

Qu'est-ce que la cession de biens *judiciaire?*

1393. — *A quelles conditions est subordonné ce bénéfice.* — Le débiteur n'a le droit d'imposer la cession de biens à ses créanciers qu'autant que cinq conditions concourent. Il faut :

A quelles conditions est-elle subordonnée?

1° Qu'il soit hors d'état de payer ses dettes; 2° qu'il offre l'abandon de *tous* ses biens, sauf cependant ceux que la loi déclare insaisissables (art. 581 et 592, C. pr.); 3° qu'il soit malheureux; 4° qu'il soit de bonne foi; 5° *qu'il soit contraignable par corps* (1).

C'est au débiteur à prouver que son insolvabilité résulte d'événements malheureux, car ces événements ne se présument point. Mais il n'est pas tenu de prouver qu'il est exempt de dol, car la bonne foi est toujours présumée (art. 1116 et surtout art. 2268) : si donc les créanciers prétendent qu'il y a eu mauvaise foi de sa part, c'est à eux de l'établir (2).

Est-il permis de renoncer à l'avance à ce bénéfice?

Lorsque les conditions qui viennent d'être énumérées sont établies, les créanciers sont tenus d'accepter la cession qui leur est offerte, lors même que le débiteur, en contractant avec eux, aurait renoncé à ce bénéfice. La loi n'admet pas cette renonciation, car tout ce qui touche à la liberté des citoyens est d'ordre public.

1394. — *Des effets de la cession de biens judiciaire.*

Quels sont les effets de la cession de biens judiciaire?

1° Elle affranchit le débiteur de la contrainte par corps.

Transfère-t-elle aux créanciers la propriété des biens cédés?

2° Elle donne aux créanciers, non pas la propriété des biens, mais le pouvoir de les vendre, sans passer par la filière des formes compliquées et onéreuses de la saisie, et de s'attribuer le prix en provenant.

Quel droit leur confère-t-elle donc?

Les biens sont vendus dans les formes prescrites pour la vente des biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire (art. 904, C. pr.).

Quid, si le prix provenant de la vente des biens cédés est supérieur au montant des créances?

Si le prix en provenant est supérieur au montant des créances, l'excédant revient au débiteur, qui alors est complétement libéré; s'il est inférieur, le débiteur reste obligé pour le surplus, et s'il acquiert de nouveaux biens, ces biens sont le gage de ses créanciers, qui peuvent les saisir et les faire vendre. Autrefois, le débiteur qui, après avoir fait la cession de ses biens, en acquérait de

Quid, s'il est inférieur?

Le débiteur jouit-il alors du bénéfice *de compétence?*

(1) Aux termes de la loi du 22 juillet 1867, la contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, en matière civile et contre les étrangers; elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police.

(2) *Contrà*, M. Dur., t. XII, n° 260.

nouveaux, ne pouvait pas en être dépouillé complétement : la loi voulait qu'on lui laissât au moins le nécessaire. Cette faveur accordée au débiteur s'appelait *bénéfice de compétence*. Voy. cependant l'art. 474 du Code de commerce.

Qui perçoit les fruits les biens cédés ?

3° Elle leur donne le droit de percevoir eux-mêmes les fruits des biens abandonnés et de les faire vendre comme les autres biens.

Le débiteur peut-il les aliéner ? *Quid*, s'il contracte de nouvelles obligations ?

4° Elle enlève au débiteur le droit d'aliéner ses biens et de contracter des obligations au préjudice des créanciers (voy. le n° 1391 *bis*).

1395. — Voyez, dans les art. 898 et suiv. du Code de procédure, les formes à suivre pour obtenir le bénéfice de la cession, et dans l'art. 905 du même Code, les personnes qui ne jouissent pas de ce bénéfice.

21e *Répétition.*

SECTION II. — DE LA NOVATION.

Art. 1271.

Qu'est-ce que la novation ?

1396. — I. DÉFINITION. — La novation est l'extinction d'une dette par une autre dette. Pothier la définit : « La substitution d'une dette nouvelle à une ancienne dette. »

Ainsi, la novation est une convention tout à la fois *productive* et *extinctive* d'une dette : la dette qu'elle engendre prend la place de celle qu'elle éteint.

De combien de manières peut-elle s'opérer ?

1397. — II. *Des différentes manières dont s'opère la novation.* — Une dette se compose de trois éléments essentiels, savoir : une personne, sujet passif (le débiteur) ; une autre personne, sujet actif (le créancier) ; une chose, objet du droit. Si l'un de ces éléments est supprimé et remplacé par un autre, la dette est alors transformée en une autre dette : il y a novation. — La novation s'opère donc de trois manières : 1° par changement d'objet ; 2° par changement de débiteur ; 3° par changement de créancier.

1° *Par changement d'objet*, lorsque le débiteur et le créancier conviennent qu'une chose sera payée au lieu et place de celle qui est due. Je conviens avec vous que je vous paierai 1,000 fr. à la place de cent mesures de blé que je vous dois. Le débiteur et le créancier sont restés les mêmes ; il n'y a rien de changé que l'objet de la dette, mais ce changement est essentiel : il s'opère une transformation de la dette, une novation.

2° *Par changement de débiteur*, lorsqu'un tiers libère le débiteur en s'engageant à payer pour lui. *Primus* vous doit 1,000 fr. ; *Secundus* vous propose cet arrangement : « Renoncez à la créance que vous avez sur *Primus ;* déchargez-le de la dette dont il est tenu envers vous, et je m'engage à vous payer une somme égale à celle qu'il vous doit. » Vous acceptez : l'objet de la dette et le créancier sont restés les mêmes ; le débiteur seul est changé, mais ce changement est essentiel : l'ancienne dette, celle dont était tenu *Primus*, n'existe plus ; elle est remplacée par la dette dont est actuellement tenu *Secundus*.

3o *Par changement de créancier,* lorsque le débiteur se libère envers son créancier au moyen d'une obligation qu'il contracte envers une autre personne que son créancier lui désigne. *Primus*, à qui vous devez 1,000 fr., vous propose cet arrangement : « Je vous déchargerai de l'obligation dont vous êtes tenu envers moi si vous voulez vous obliger à payer pareille somme à *Secundus.* » Vous acceptez : l'objet de la dette et le débiteur sont les mêmes ; le créancier seul est changé, mais ce changement est essentiel : la dette dont vous étiez tenu envers *Primus* est éteinte et remplacée par celle que vous avez souscrite au profit de *Secundus :* il y a novation.

Art. 1274.

La novation par changement de débiteur peut-elle s'opérer sans le concours de l'ancien débiteur ?

1398. — La novation *par changement de débiteur* n'exige que le consentement de deux personnes : du créancier et du nouveau débiteur ; le concours de l'ancien débiteur n'est pas nécessaire. Il est, en effet, permis d'acquitter la dette d'un autre sans son concours, et même malgré lui ; or, le nouveau débiteur qui s'oblige au lieu et place de l'ancien, que fait-il ? Il acquitte la dette de ce dernier.

La novation par changement de créancier n'exige-t-elle pas le concours de trois personnes ?

La novation *par changement de créancier* exige le concours de trois personnes : de l'ancien créancier qui renonce à sa créance ; du débiteur qui contracte une dette nouvelle (1), du nouveau créancier qui accepte l'engagement du débiteur.

Aux trois cas de novation énumérés par le Code n'en peut-on pas ajouter un quatrième ?

1399. — Il existe un quatrième mode de novation dont la loi ne parle point : la novation par le changement de la *cause* de la dette. Vous me devez telle somme en qualité de *locataire ;* je pourrais en exiger le paiement, mais je consens à vous la laisser à titre de *prêt :* l'objet de la dette, le débiteur et le créancier, sont les mêmes ; la *cause* de la dette seule est changée, mais ce changement est essentiel : la dette née du contrat de *location* s'est transformée en une dette née d'un contrat de *prêt ;* il y a novation. L'ancienne dette était prescriptible par cinq ans (art. 2277), mais elle était garantie par un privilége (art. 2102, 1°) ; celle qui la remplace n'est prescriptible que par trente ans, mais aucun privilége n'en assure l'exécution.

Ces différents modes de novation ne peuvent-ils pas se rencontrer à deux, à trois, dans la même opération ?

1400. — Ces différents modes de novation peuvent se rencontrer à deux, à trois et même à quatre, dans la même opération : ainsi, par exemple, une dette peut être novée tout à la fois quant à son objet, quant au débiteur et quant au créancier. *Primus* vous doit tant de mesures de blé ; *Secundus* vous propose cet arrangement : « Si vous voulez décharger *Primus* de la dette dont il est tenu envers vous, je prendrai envers votre père l'engagement de

(1) C'est par la formation de cette dette nouvelle, substituée au lieu et place de l'ancienne, que la novation *par changement de créancier* se distingue de la *cession* de la créance. Lorsque je vous vends ma créance, il y a *changement de créancier*, et cependant il n'y a pas novation, c'est-à-dire création d'une nouvelle dette substituée à l'ancienne : c'est la même créance qui passe au cessionnaire telle qu'elle était dans la personne du cédant, avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques et cautionnements.

lui payer telle somme. » Vous acceptez : la novation s'est opérée tout à la fois par le changement d'objet, de débiteur et de créancier.

De simples changements apportés dans la dette suffisent-ils pour en opérer la novation ?

Que faut-il donc pour qu'il y ait novation ?

1401. — Dans chacune des hypothèses que je viens d'étudier, une nouvelle dette a été substituée à l'ancienne ; mais il faut bien se garder de croire que de simples changements apportés dans la dette suffisent pour la transformer en une dette nouvelle et opérer la novation. Ainsi, lorsqu'un créancier stipule une hypothèque, bien que sa créance, qui n'était d'abord que chirographaire, soit maintenant hypothécaire, il n'y a pas novation, car c'est toujours la même dette qui subsiste ; seulement, elle est mieux garantie que par le passé. De même, lorsque le créancier accorde un délai à son débiteur, il n'y a pas novation, bien que sa créance, qui d'abord était pure et simple, soit maintenant à terme. Rien, en effet, n'est changé dans les éléments essentiels de la dette : elle a toujours même objet et même cause ; le débiteur et le créancier sont les mêmes. L'ancienne dette subsiste donc ; seulement son exécution a été reportée à une autre époque.

Ainsi, les changements qui n'affectent que les modalités ou les garanties de la dette n'opèrent point novation. Cependant, si les parties, en effectuant ce changement, déclarent formellement leur intention de nover, il faut alors s'en tenir à leur intention.

Art. 1277.

L'indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place opère-t-elle novation ?

1402. — Il ne faut pas voir non plus une novation dans la simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place. Il n'y a là qu'un simple mandat : le débiteur est resté obligé envers son ancien créancier ; l'objet et la cause de la dette n'ont subi aucune modification.

Quid, de l'indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir à sa place ?

1403. — Il en est de même de l'indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui. Cette indication n'est qu'un mandat : le débiteur reste obligé envers son créancier ; l'objet et la cause de la dette sont les mêmes.

Art. 1273.

La novation n'a-t-elle pas de l'analogie avec d'autres opérations ?

1404. — III. *De la volonté de nover.* — La novation a de l'analogie avec plusieurs autres opérations. Aussi est-il quelquefois fort difficile, lorsque les parties n'ont pas dit expressément le but qu'elles voulaient atteindre, de savoir au juste quelle opération elles ont entendu faire.

Primus, qui me doit tant de mesures de blé, me promet telle somme d'argent ; l'acte ne porte point que la dette d'argent a été contractée pour remplacer la dette de blé. Un doute est possible : la dette nouvelle a-t-elle été contractée pour *remplacer* la première ou pour *concourir avec elle ?* L'acte ne le dit point.

Secundus s'est engagé à me payer la somme que me doit *Primus*. Les parties ont-elles entendu que la dette de *Primus* sera, dès à présent, éteinte et remplacée par celle de *Secundus* : il y a *novation*. Ont-elles entendu, au contraire, que *Secundus* paiera ce que doit *Primus*, si ce dernier ne paie pas lui-même : il y a contrat de *cautionnement*. L'acte est muet sur le but qu'elles se sont proposé : un doute est donc possible.

Se présume-t-elle?

Suivant l'ancien droit romain, la volonté de nover se présumait facilement; sous Justinien, elle dut être *exprimée*. Le Code s'est placé entre ces deux systèmes. La novation ne se présume point; mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit expressément stipulée : il suffit que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ou des circonstances qui l'ont accompagné (voy. toutefois le nº 1418).

Pourquoi ne se présume-t-elle point?

La novation ne se présume point, parce qu'elle contient, de la part du créancier, une renonciation à ses droits : *renuntiatio non præsumitur*.

Est-il nécessaire qu'elle soit *expresse*?

Elle n'a pas besoin d'être stipulée expressément, parce que, selon notre droit commun, la volonté des parties, de quelque manière qu'elle se manifeste, qu'elle soit expresse ou tacite, doit recevoir son effet.

Quels effets la novation produit-elle?

Quelle est la cause de chacun des deux effets qu'elle produit?

1405. — IV. *Des dettes qui peuvent être novées et par quelles dettes elles peuvent l'être*. — La novation est une convention à double but. Elle est, en effet, tout à la fois *productive* et *extinctive* d'une obligation. Le créancier renonce à sa créance, afin d'en acquérir une nouvelle; le débiteur consent une obligation nouvelle, afin d'obtenir l'extinction de l'ancienne. Ainsi, chacun des *effets* que la novation doit produire sert de *cause* à l'autre. L'extinction de l'ancienne dette a pour cause la création de la dette nouvelle, et, réciproquement, l'obligation nouvelle a pour cause l'extinction de l'ancienne dette. Ces deux effets ne peuvent donc être produits que *cumulativement*. Si l'un des deux manque, l'autre manque nécessairement.

Une dette nulle peut-elle être novée?

Une dette valable peut-elle être novée par une dette nulle?

Concluons-en : 1º qu'une dette qui est *nulle* ne peut pas être novée; 2º qu'une dette valable ne peut pas être novée par une dette *nulle*.

1406. — Une dette *annulable* peut-elle être novée par une dette *valable?* Une dette *valable* peut-elle l'être par une dette *annulable?* Une dette *conditionnelle*, par une dette *pure et simple*, ou, réciproquement, une *dette pure et simple*, par une dette *conditionnelle?* Reprenons séparément chacune de ces questions :

Une dette *annulable* peut-elle être novée par une dette *valable?*

1º Une dette *annulable* peut-elle être novée par une dette *valable?* J'admets, sans hésiter, l'affirmative. Une dette *annulable* existe civilement, comme dette valable, pour toute personne qui, volontairement, la reconnaît : c'est ainsi qu'elle peut être *valablement payée*, soit par le débiteur lui-même, en temps de capacité, soit par un tiers. Or, si elle peut servir de cause légitime à un *paiement*, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit novée. Qu'est-ce, en effet, qu'une novation? Un paiement *sui generis*, une espèce de *datio in solutum :* le créancier libère son débiteur et reçoit, en échange de la créance qu'il abandonne, le nouvel engagement que contracte envers lui le débiteur ou un tiers.

J'ai prêté 1,000 fr. à un mineur : ma créance est annulable. Si le mineur, devenu capable, ou si un tiers m'offre et me livre en paiement cinquante mesures de blé, cette *datio in solutum* est valable. Si, au lieu de me livrer dès à présent les cinquante mesures de blé, le débiteur ou le tiers qui veut le libérer s'engage à me

les payer à telle époque, l'espèce n'est-elle pas au fond la même? N'est-ce pas encore une *datio in solutum* qui a été effectuée? Dans le premier cas, j'ai reçu en paiement un droit de propriété; dans le second, un droit de créance sur cinquante mesures de blé. Qu'importe la nature de la chose fournie en paiement! Ce qui est vrai, c'est qu'un paiement a été offert et accepté; or, aux termes de l'art. 1338, une dette annulable peut être valablement payée (voy. aussi les nos 1309 et 1485) (1).

Une dette *valable* peut-elle être novée irrévocablement par une dette *annulable*?

1407. — 2° Une dette *valable* peut-elle être irrévocablement, définitivement, novée par une dette *annulable*? *Primus* me doit 1,000 fr.; son héritier, qui est *mineur*, s'engage envers moi à me donner, à la place des 1,000 fr. qu'il me doit, tant de mesures de blé; plus tard, il demande et obtient l'annulation de son obligation nouvelle : l'ancienne dette subsiste-t-elle? Faut-il dire, au contraire, qu'elle demeure éteinte?

Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

En principe, l'obligation qui est valable n'est pas irrévocablement novée lorsque l'obligation nouvelle qui doit la remplacer est annulable : car tout se tient et s'enchaîne dans une novation : si l'un de ses effets est réputé n'avoir jamais existé, l'autre doit nécessairement subir la même résolution. Ainsi, lorsque l'obligation nouvelle est annulée, mise à néant, l'ancienne obligation n'est pas éteinte. Les choses sont remises au même état qu'auparavant. Il est d'ailleurs de principe que l'incapable qui obtient l'annulation du contrat qu'il a fait ne doit rien retenir de ce qu'il a reçu de l'autre partie (art. 1312) : il ne peut donc pas, dans l'espèce, retenir sa libération (2).

Il en serait autrement cependant s'il était démontré que le créancier qui a fait novation avec un incapable s'est contenté de la créance qui lui a été donnée en paiement, qu'il l'a acceptée telle qu'elle est, comme l'équivalent de celle à laquelle il a renoncé; qu'il a, en un mot, entendu faire une renonciation définitive en échange de la mauvaise créance qui lui a été donnée en paiement. « Je vous tiendrai quitte, vous dis-je, des 1,000 fr. que vous me devez, si vous déterminez *Primus* à prendre envers moi l'engagement de me payer tant de mesures de blé. » Vous m'objectez que *Primus* est mineur : « Peu importe : j'accepte son engagement, à mes risques et périls; je le reçois *tel quel* en paiement de la créance que j'ai sur vous. » L'affaire est conclue dans ces termes. Dans cette hypothèse, l'annulation de l'obligation contractée par *Primus* n'entraîne pas l'annulation de la renonciation que j'ai faite à mon ancienne créance. L'annulation de l'obligation nouvelle ne fait pas, en effet, que l'extinction de l'ancienne soit sans cause. Qu'a voulu le créancier? Acquérir la *chance* d'une créance valable! Or, cette

(1) MM. Dur., t. XII, n° 294; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 149; Marc., art. 1272.

(2) MM. Val.; Marc., art. 1272. — *Contrà*, MM. Dur., t. XII, n° 282; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 153.

chance, il l'a eue, et rien ne peut faire qu'elle n'ait pas existé, qu'il n'ait point reçu, en définitive, ce qu'il s'était proposé d'avoir au lieu et place de son ancienne créance. Il a reçu, en échange de sa renonciation, un équivalent bien peu sûr, une mauvaise créance; mais qu'importe? sa renonciation n'est pas sans cause! Il a fait bon marché de sa créance, mais n'était-il pas le maître d'en disposer? Est-ce qu'il n'aurait pas pu l'abandonner sans aucun équivalent pécuniaire, gratuitement?

Une dette *conditionnelle* peut-elle être irrévocablement novée par une dette *pure et simple*? Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

1408. — 3° Une dette *conditionnelle* peut-elle être irrévocablement novée par une dette *pure et simple?* En principe, lorsqu'une dette conditionnelle est novée par une dette pure et simple, la novation elle-même est conditionnelle. Si la condition à laquelle est subordonnée l'existence de la première obligation se réalise, la novation est valable : car alors elle renferme tous les éléments essentiels à sa validité, extinction d'une dette et création d'une dette nouvelle. Si la condition vient à défaillir, la novation ne s'est point formée : car, l'ancienne dette étant réputée n'avoir jamais existé, la nouvelle n'a pas pu naître faute de cause (1).

Il en est autrement toutefois s'il est démontré que le créancier a abandonné sa créance conditionnelle, c'est-à-dire la chance qu'il avait d'être créancier, en échange d'une créance *certaine*, mais de moindre valeur. C'est alors un contrat *aléatoire*, qui doit être respecté de part et d'autre (2). Vous me devez 1,000 fr., sous condition suspensive : « Si vous voulez, vous dis-je, vous engager, purement et simplement, à me donner cinquante mesures de blé (lesquelles valent 700 fr.), je vous déchargerai de l'obligation conditionnelle dont vous êtes tenu envers moi. » Vous acceptez. Cette novation n'a rien de conditionnel; tout est définitif dès à présent.

Une dette *pure et simple* peut-elle être irrévocablement novée par une dette *conditionnelle*?

1409. — 4° Une dette *pure et simple* peut-elle être irrévocablement novée par une dette *conditionnelle?* Ma solution est la même que celle que j'ai donnée dans la précédente espèce. En principe, lorsque la première dette est pure et simple et que la seconde est conditionnelle, la novation est elle-même conditionnelle : elle ne se forme qu'autant que la condition à laquelle est subordonnée la validité de la nouvelle dette se réalise. Si elle vient à défaillir, rien n'est fait; les choses restent au même état qu'auparavant. Dès que la dette nouvelle n'a pas pu naître, l'ancienne n'a pas pu cesser d'exister. — Ici encore il en est autrement lorsqu'il est démontré que le créancier a entendu abandonner définitivement la créance *certaine* qu'il avait, en échange d'une créance *incertaine*, mais plus considérable que la première : la novation n'est plus alors *conditionnelle;* elle est *aléatoire* (3).

Ne faut-il pas ici encore faire une distinction?

(1) MM. Dur., t. XII, n° 296; Val.; Marc., art. 1272; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 148.
(2) MM. Dur., t. XII, n° 300; Val.; Marc., art. 1272.
(3) MM. Dur., t. XII, n° 300; Val.; Marc., art. 1272.

1410. — En résumé :

1° Lorsque la dette qu'on veut nover est *nulle*, l'obligation nouvelle ne naît pas faute de cause.

2° Lorsque la dette nouvelle est *nulle*, l'extinction de l'ancienne manque de cause; l'ancienne dette continue d'exister.

Toute obligation susceptible d'être valablement payée est-elle par là même susceptible d'être valablement novée?
La règle ne souffre-t-elle pas une exception?

3° Toute obligation susceptible d'être valablement payée peut être valablement novée, car la novation n'est qu'un paiement *sui generis* : ainsi peuvent l'être, non-seulement les dettes valables, mais encore les dettes annulables et les dettes naturelles. — Toutefois, par exception, la dette de jeu ne peut pas être novée, bien qu'elle puisse être valablement payée (voy. l'explication de l'article 1967).

4o Lorsque l'ancienne dette est *valable* et la nouvelle *annulable*, l'ancienne dette revit si la première est annulée; à moins qu'il ne soit démontré que le créancier a entendu faire une renonciation définitive de sa créance, en échange de la dette annulable qu'il a reçue en paiement.

5° Lorsque l'ancienne dette est *conditionnelle*, la nouvelle dette ne peut naître qu'autant que la condition à laquelle était subordonnée l'ancienne se réalise ; à moins, toutefois, qu'il ne soit établi que les parties ont entendu faire une novation, non pas *conditionnelle*, mais *pure et simple* et *aléatoire*.

6° Lorsque l'ancienne dette est *pure et simple* et la nouvelle *conditionnelle*, l'ancienne n'est éteinte qu'autant que la condition à laquelle est subordonnée l'existence de la nouvelle dette se réalise; à moins encore qu'il ne soit prouvé que les parties ont voulu faire une novation pure et simple et aléatoire.

Art. 1272.

Quelle capacité faut-il avoir pour faire une novation?

1411. — V. *De la capacité des parties.* — La novation est *extinctive* d'une obligation : elle ne peut donc être faite que par une personne capable d'aliéner la créance qu'elle doit éteindre. Ainsi, lorsqu'un créancier qui est mineur fait novation avec une personne capable de s'obliger, la novation est annulable; mais l'incapable seul a qualité pour la faire annuler (art. 1125). La novation étant annulée, les choses restent dans l'état où elles étaient auparavant.

La novation est *productive* d'une obligation : elle ne peut donc être valablement faite que par une personne capable de s'obliger. Ainsi, le mineur qui s'est obligé pour éteindre une dette valable, dont il est tenu, peut demander et obtenir la nullité de l'obligation qu'il a contractée. Dans cette hypothèse, l'ancienne dette reste-t-elle éteinte ou revit-elle? Voyez, sur cette question, ce qui a été dit sous le n° 1406.

Art. 1278.

Quel est l'effet de la novation quant aux accessoires de l'ancienne dette?
Les éteint-elle toujours?

1412.—VI. *Des effets de la novation quant aux accessoires de l'ancienne dette.* — L'ancienne dette étant éteinte, tous ses accessoires tombent avec elle : tel est le principe. Cependant les parties peuvent, par une clause *expresse*, détacher de la créance qu'elles éteignent les priviléges ou hypothèques qui en assuraient le paiement, et les rattacher à la créance nouvelle. Mais, bien entendu, les pri-

viléges et les hypothèques réservés pour la sûreté de la nouvelle dette ne peuvent avoir, à l'égard des tiers, des effets plus étendus que ceux qu'ils auraient s'ils adhéraient encore à l'ancienne dette. Si donc l'obligation nouvelle est plus étendue que l'ancienne, les priviléges et hypothèques ne peuvent être réservés que dans la limite de la dette qu'on éteint; ils n'adhèrent à celle par laquelle on la remplace que jusqu'à concurrence de la somme dont ils garantissaient primitivement le paiement.

Art. 1279.

Lorsque la novation a lieu par changement de débiteur, les hypothèques et priviléges qui pesaient sur les biens de l'ancien débiteur peuvent-ils être transportés sur ceux du nouveau débiteur?

1413. — Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un débiteur à l'ancien, les priviléges et hypothèques qui pesaient sur les biens du débiteur qu'on libère par la novation ne peuvent pas être transportés sur les biens du nouveau débiteur. Ce dernier peut bien consentir, pour la sûreté de la dette qu'il contracte, des hypothèques sur ses propres biens; mais ces hypothèques ne peuvent pas emprunter la date d'inscription, le rang, qui appartenait aux hypothèques de la première : cette rétroactivité, attachée aux hypothèques nouvellement consenties, eût été injustement préjudiciable aux anciens créanciers hypothécaires du nouveau débiteur.

Ne peuvent-ils pas au moins être réservés sur les biens de l'ancien débiteur?

Mais les parties ne peuvent-elles point réserver, pour la sûreté de la nouvelle dette, les hypothèques et priviléges qui existent sur les biens de l'ancien débiteur? Faut-il, pour la validité de cette réserve, que l'ancien débiteur y donne son consentement?

Laissons pour un instant cette question; les dispositions suivantes en faciliteront la solution (voy. le n° 1416).

Art. 1281.

Lorsque le créancier fait novation avec le débiteur principal, la caution est-elle libérée?

Le créancier et le débiteur qui font novation peuvent-ils, *sans le concours de la caution*, convenir qu'elle répondra de la nouvelle dette?

Pourquoi ne le peuvent-ils pas?

Cette défense de la loi est-elle rationnelle?

1414. — 1° *Le créancier fait novation avec le débiteur principal.* — La *caution* est libérée : car, l'obligation du débiteur principal étant éteinte, l'obligation accessoire de la caution tombe nécessairement avec elle.

Cependant le créancier peut mettre pour condition à la novation que la caution accédera à la nouvelle dette, qu'elle en répondra comme elle répond de la première. Si la caution donne son adhésion à cet arrangement, la novation est parfaite : l'ancienne obligation est remplacée par une nouvelle obligation, qui est garantie comme l'était la première. Si elle la refuse, la novation est défaillie : les choses restent dans l'état où elles étaient auparavant.

Ainsi, lorsque le créancier dont la créance est garantie par une caution fait novation avec le débiteur principal, les parties ne peuvent point, *sans le consentement exprès de la caution*, rattacher à la nouvelle créance la sûreté résultant du cautionnement. Cette prohibition, que les rédacteurs du Code ont empruntée à Pothier, me semble peu rationnelle. Si les parties peuvent réserver, pour la garantie de la dette nouvelle, les hypothèques et priviléges de l'ancienne dette, pourquoi leur refuser la faculté de réserver également le cautionnement? Est-ce que cette réserve nuirait à la caution? En aucune façon, puisque le cautionnement n'accéderait à la nouvelle dette que dans la limite de la dette ancienne!

Lorsque le créancier fait novation avec l'un de ses débiteurs solidaires, les autres sont-ils libérés ?

1413. — 2° *Le créancier fait novation avec l'un des débiteurs solidaires.* — La dette solidaire étant éteinte par la novation, de même qu'elle le serait par un paiement, tous les codébiteurs de celui qui a fait la novation sont, comme lui, libérés.

La solidarité qui faisait la garantie de l'ancienne dette peut-elle être rattachée à la nouvelle *sans le consentement des codébiteurs de celui qui s'oblige à nouveau* ?

Toutefois, il est permis au créancier de mettre, pour condition à la novation qu'il fait avec l'un de ses débiteurs solidaires, que les autres débiteurs accéderont à la nouvelle dette. S'ils donnent leur adhésion à cet arrangement, la novation existe : chacun des débiteurs est tenu de la nouvelle dette, comme il était tenu de l'ancienne. S'ils la refusent, rien n'est fait : le créancier conserve son ancienne créance.

Ainsi, la solidarité, qui faisait la garantie de l'ancienne dette, ne peut point être rattachée à la nouvelle dette *sans le consentement des codébiteurs de celui qui s'oblige à nouveau.*

Quant aux hypothèques de l'ancienne dette solidaire, la loi distingue :

Les hypothèques qui pesaient sur les biens de celui des débiteurs solidaires qui s'oblige à nouveau, peuvent-elles être réservées pour la sûreté de la nouvelle dette?

Le créancier peut stipuler du débiteur qui s'oblige à nouveau que les hypothèques qui pèsent sur ses biens garantiront la nouvelle dette.

Quid, quant aux hypothèques qui pèsent sur les biens des débiteurs que la novation libère?

Il ne peut point réserver celles dont sont grevés les biens des autres débiteurs ; ce qui doit s'entendre en ce sens, que la réserve qu'il en fait avec le débiteur qui s'oblige à nouveau n'est pas valable si ceux des débiteurs auxquels appartiennent les biens hypothéqués ne donnent leur adhésion à cette réserve. Le Code a constamment suivi l'opinion de Pothier. Cela est regrettable, sans doute : car, je le répète, quel danger y aurait-il à permettre au créancier qui fait novation avec l'un des débiteurs solidaires de réserver, pour la sûreté de sa nouvelle créance, les garanties qui faisaient la sûreté de l'ancienne, la solidarité et les hypothèques qui pèsent sur les biens de ceux des débiteurs avec lesquels il ne contracte point? Cette réserve ne leur causerait aucun préjudice, puisqu'elle ne changerait point leur position !

Lorsque la novation s'opère par changement de débiteur, les hypothèques qui pesaient sur les biens de l'ancien débiteur peuvent-elles être, *sans son consentement*, réservées pour la sûreté de la nouvelle dette?

1416. — Ces principes vont nous aider à résoudre la question que nous avons posée sous le n° 1412. Lorsque la novation se fait par la substitution d'un nouveau débiteur, les hypothèques qui pesaient sur les biens du débiteur que la novation va libérer ne peuvent point être transportées sur les biens du nouveau débiteur. Mais nous avons posé cette question : Le créancier et le tiers qui s'oblige au lieu et place du débiteur peuvent-ils, *sans le consentement de ce dernier*, réserver les hypothèques qui pèsent sur ses biens ?

Si j'avais à faire la loi, j'autoriserais cette réserve : car, d'une part, elle ne causerait aucun préjudice à l'ancien débiteur, et, d'autre part, les biens d'un tiers peuvent être valablement hypothéqués à la dette d'autrui. Mais, si je ne me trompe, le Code la prohibe. Nous l'avons vu, copiant mot pour mot les opinions de Pothier, décider que le *cautionnement*, la *solidarité* et les *hypothèques* qui pèsent sur les biens de ceux des débiteurs avec lesquels ils ne

contractent point, ne peuvent pas être réservés *sans le consentement exprès des cautions et des codébiteurs solidaires ;* or, Pothier dit positivement que, lorsque la novation a lieu par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, les hypothèques qui pesaient sur les biens du débiteur libéré ne peuvent pas être réservées sans son consentement : la même solution doit donc être donnée sous le Code ! Autrement, il faudrait dire, ce qui serait absurde, que les législateurs ont abandonné la théorie de Pothier sur une question qui est en tous points semblable à celles qu'ils ont résolues d'après lui. Aucun texte du Code ne nous autorise à croire à une semblable anomalie (1).

Art. 1275.

1417. — VII. *De la délégation.* — La délégation est parfaite ou imparfaite.

La délégation n'est-elle pas parfaite ou imparfaite?

1° *Délégation parfaite.* — La délégation parfaite est une convention par laquelle un débiteur obtient sa libération en faisant obliger en son lieu et place une autre personne que le créancier accepte pour débiteur. « Déchargez-moi, vous dis-je, de la dette dont je suis tenu envers vous, et *Primus*, que je vous présente, s'obligera en mon lieu et place. » Vous acceptez. Cette novation s'appelle *délégation parfaite* (2).

Qu'est-ce que la délégation parfaite?

— On appelle *délégant* le débiteur qui présente le tiers qui s'oblige à sa place ; *délégué*, le tiers qui s'oblige au lieu et place du délégant ; *délégataire*, le créancier qui, en échange de l'obligation que le délégué contracte envers lui, décharge le délégant, son ancien débiteur.

Comment appelle-t-on, dans la délégation, chacune des parties?

— Dans la pratique, le *délégué* est le plus souvent un débiteur du délégant. Deux dettes sont alors éteintes, la dette dont le délégant était tenu envers le délégataire, et celle dont le délégué était tenu envers le délégant. Exemple. Débiteur envers vous de la somme de 1,000 fr., je vous délègue Paul, qui me doit pareille somme. Paul contracte envers vous l'obligation de vous payer la somme que je vous dois : en échange de la créance nouvelle que vous acquérez, vous me déchargez de l'obligation dont j'étais tenu envers vous. De mon côté, je décharge mon débiteur Paul, en échange de la libération qu'il m'a procurée en s'obligeant à ma place. La dette dont j'étais tenu envers vous et celle dont Paul était tenu envers moi se trouvent l'une et l'autre éteintes (3).

Le *délégué* n'est-il pas ordinairement un débiteur du *délégant?*

Dans ce cas, la délégation n'éteint-elle pas deux dettes?

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 348; Marc., art. 1278 et 1279. — *Contrà*, MM. Dur., t. XII, n° 341 ; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 154 et 155.

(2) La novation prend le nom d'*expromission* lorsqu'un tiers vient *de lui-même* s'obliger au lieu et place du débiteur primitif. La délégation parfaite et l'expromission ont entre elles beaucoup d'analogie; elles ne diffèrent qu'en un point. Dans l'expromission, le tiers qui s'oblige se présente lui-même au créancier; dans la délégation, c'est le débiteur qui le présente. La première n'exige que le concours de deux personnes seulement, le nouveau débiteur et le créancier; la seconde, le concours de trois personnes, savoir : l'ancien débiteur (le délégant), le nouveau débiteur (le délégué), le créancier (le délégataire).

(3) Suivant l'opinion générale, le délégué demeure irrévocablement obligé

La délégation est parfaite lorsque le créancier qui accepte un nouveau débiteur *décharge* son ancien débiteur qui le lui a présenté. Cette décharge doit-elle être *expresse*?

1418. — La délégation est parfaite, ai-je dit, lorsque le créancier qui a accepté un nouveau débiteur a déchargé son ancien débiteur qui le lui a présenté. Cette décharge doit-elle être *expresse*? ne peut-on pas, au contraire, comme dans l'hypothèse d'une novation ordinaire, l'induire des clauses de l'acte ou des circonstances qui l'ont accompagné? Notre article, pris à la lettre, exige qu'elle soit *expresse*. Néanmoins, M. Duranton pense qu'elle doit être admise lorsqu'elle résulte clairement des circonstances, lors, en un mot, qu'elle n'est point douteuse. C'était aussi l'opinion de Pothier. Je ne puis pas, pour mon compte, l'accepter : le texte de la loi y est trop formellement contraire.

Le délégant qui a été déchargé est-il, envers le délégataire, responsable de l'insolvabilité du délégué?

1419. — Le délégant, qui a été déchargé de l'obligation dont il était tenu envers le délégataire, est-il responsable envers lui de l'insolvabilité du délégué? La loi distingue : le délégataire n'a aucun recours à exercer contre le délégant lorsque le délégué *devient* insolvable; il peut en exercer un, au contraire, lorsque le délégué était en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation.

Ainsi, le délégant qui a été déchargé de son obligation n'est point responsable, envers le délégataire, de l'insolvabilité *future* du délégué, à moins qu'il ne se soit, par une clause expresse, chargé de cette garantie. Il répond, au contraire, de plein droit, de la solvabilité *actuelle* du délégué. — Mais, bien entendu, le délégataire n'a droit à garantie qu'autant qu'il ignorait la faillite ou la déconfiture du débiteur qu'il a accepté au lieu et place de son ancien débiteur. Dans le cas contraire, aucune garantie ne lui est due : car, en acceptant pour débiteur une personne dont il connaît l'insolvabilité, il est, par cela même, censé renoncer à tout recours contre le délégant.

Qu'est-ce que la délégation imparfaite? Quand a-t-elle lieu?

1420. — 2° *Délégation imparfaite.* — La délégation imparfaite est celle qui ne contient pas de *novation*. Elle a lieu lorsque le créancier, qui accepte le nouveau débiteur qui lui est présenté par son débiteur, ne décharge point ce dernier. Dans la délégation parfaite, le créancier reçoit un nouveau débiteur au lieu et place de l'ancien. Dans la délégation imparfaite, le nouveau débiteur ne prend pas la place de l'ancien : il devient son coobligé.

32e *Répétition.*

SECTION III. — DE LA REMISE DE LA DETTE.

Qu'est-ce que la *remise de la dette*?

1421. — I. GÉNÉRALITÉS. — La *remise de la dette*, dans un sens très-général, est l'abandon que le créancier fait de sa créance. Cette renonciation peut être faite à titre onéreux ou à titre gratuit. Lorsqu'elle est *à titre onéreux*, je veux dire lorsque le créancier reçoit un équivalent pécuniaire en échange de l'abandon de sa

envers le délégataire, quoiqu'il soit démontré qu'il n'a consenti à la délégation qu'afin d'obtenir du délégant la décharge d'une dette dont, *par erreur*, il se croyait tenu envers lui. Cette solution est trop générale. Je l'ai combattue dans la *Revue pratique*, t. XVIII, p. 516, nos 46-53.

créance, l'opération est alors un *paiement*, si le créancier reçoit la chose même qui lui est due; une *datio in solutum*, s'il reçoit la propriété d'une chose autre que celle qui lui est due; une *novation*, s'il reçoit le bénéfice d'une autre obligation (voy. le n° 1338). Lorsqu'elle est *à titre gratuit*, elle conserve le nom de *remise de la dette*.

La remise de la dette dont il est ici question est donc l'abandon que le créancier fait de sa créance, sans recevoir aucun équivalent pécuniaire en échange de l'avantage qu'il procure au débiteur.

La remise de la dette ne constitue-t-elle point une véritable donation?

Ainsi, la remise de la dette est une véritable *libéralité*. Quelle différence, en effet, y a-t-il entre un débiteur qui, après avoir payé sa dette, reçoit immédiatement et gratuitement de son créancier la somme qu'il lui a payée, et le débiteur qui, sans bourse délier, obtient de son créancier sa libération?

Quelles conséquences en faut-il tirer?

1422.— Du principe que la remise de la dette est, *quant au fond*, une véritable *libéralité*, il résulte :

1° Qu'elle ne peut être faite par une personne incapable de disposer à titre gratuit, fût-elle d'ailleurs capable de recevoir le paiement de sa créance et d'en donner bonne et valable quittance. Ainsi, la femme séparée de biens peut recevoir le paiement de ses créances (art. 1449 et 1536), et cependant elle ne peut point, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, en faire la remise à ses débiteurs (art. 905).

2° Qu'elle ne vaut pas lorsqu'elle est faite à un débiteur qui est incapable de recevoir à titre gratuit du créancier. Ainsi, par exemple, est nulle la remise qui est faite par un créancier, pendant la maladie dont il est mort, à son débiteur qui, pendant cette maladie, l'a soigné en qualité de médecin (art. 909).

3° Qu'elle est *rapportable* si le débiteur qui l'a reçue succède à son ancien créancier.

4° *Réductible*, si elle excède la quotité disponible.

5° *Révocable* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant (art. 955-960).

Est-elle, quoique constituant une libéralité *quant au fond*, soumise aux *formes* des donations ordinaires?

1423. — Toutefois, bien qu'elle soit une libéralité quant *au fond*, elle n'est cependant pas soumise aux *formes* des donations ordinaires : c'est une des libéralités qui, par exception, s'effectuent *solo consensu* (voy. le n° 678-1°). Elle peut être faite soit expressément, soit tacitement. Ainsi, elle peut être prouvée par les voies ordinaires, c'est-à-dire par acte authentique ou sous seing privé, par l'aveu et le serment, au moyen des présomptions de la loi, et même par témoins ou par des présomptions de l'homme, dans les cas où ces deux genres de preuves sont admissibles (art. 1341, 1347, 1348, 1353).

Suffit-il, pour qu'il y ait remise de la dette, que le créancier ait manifesté l'intention de renoncer à sa créance?

1424. — Il ne suffit point, pour qu'il y ait remise de la dette, que le créancier ait manifesté la volonté de renoncer à sa créance. Cette renonciation, tant qu'elle n'est pas acceptée par le débiteur, constitue, non pas une libéralité, mais une simple offre de libéralité. Le créancier n'est point lié; et, s'il retire son offre avant

qu'elle ait été acceptée, rien n'est fait (voy., par analogie, les articles 932, 1211, 1261, 1364). Allons plus loin ! Si le débiteur meurt avant de l'avoir acceptée, elle devient caduque : car celui à qui elle a été faite, et qui seul avait qualité pour l'accepter, n'en a point transmis le bénéfice à ses héritiers (art. 932; voy. aussi le n° 1027). Ainsi, la remise de la dette, offerte par une lettre, n'a et ne peut avoir aucun effet, si le débiteur à qui la lettre était adressée est mort avant qu'elle lui soit parvenue.

L'acceptation suffit-elle?
Est-il nécessaire qu'elle soit connue du créancier?

L'acceptation suffit-elle? ne faut-il pas encore qu'elle soit *connue* du créancier? En d'autres termes, la remise de la dette a-t-elle effet à partir du jour où le débiteur a déclaré accepter l'offre qui lui était faite, ou seulement du jour où le créancier a eu *connaissance de l'acceptation?*

La question est fort importante. Si on la résout dans le premier sens, il faudra, pour apprécier la capacité du créancier, se placer au moment de l'acceptation : les événements ultérieurs ne devront pas être considérés. Si, au contraire, on la résout dans le sens opposé, la remise ne sera valable qu'autant que le créancier sera capable de disposer au moment où l'acceptation de l'offre qu'il a faite lui sera parvenue.

Il faut, je crois, décider que la remise est consommée dès que le débiteur l'a acceptée. Dès cet instant, en effet, le concours des volontés existe, et cela suffit : car la loi n'exige rien de plus. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 932 la donation ordinaire n'est parfaite qu'à partir du moment où le donateur a été averti de l'acceptation de l'offre qu'il a faite; mais c'est là une règle exceptionnelle et rigoureuse, qui s'explique par le peu de faveur que la loi accorde aux donations, et qui, par conséquent, ne doit pas être étendue aux conventions qui, comme les remises de dette, sont vues d'un très-bon œil par le législateur (voy. le n° 678-1°). Ainsi, vous m'écrivez pour m'offrir la remise d'une dette dont je suis tenu envers vous ; je m'empresse de vous répondre que j'accepte, mais vous mourez avant que ma réponse vous soit parvenue : la remise est valable.

Art. 1282 et 1283.

1425. — II. *Quels faits ou circonstances font présumer la remise.* — La remise d'une dette peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est *tacite* lorsqu'elle résulte de certains faits qui la font présumer.

La remise de la dette peut-elle être faite *tacitement?*
Quand sera-t-elle présumée?

Quels sont ces faits ? La loi n'en cite qu'un seul : *la remise que le créancier fait à son débiteur du titre qui constate sa créance.*

Nous trouvons là un cas de *présomption* légale, c'est-à-dire une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349).

Fixons-nous bien sur la nature de cette présomption.

Le créancier a-t-il ou non fait remise de la dette au débiteur? c'est le fait inconnu. Le débiteur prouve que le créancier lui a fait *l'abandon du titre qui constate sa créance :* c'est le fait connu. De ce fait connu, *l'abandon du titre*, la loi tire la conséquence que le créancier a abandonné *sa créance.*

Cette présomption légale est-elle rationnelle ?

Rien, au reste, n'est plus naturel que cette conséquence. Il n'est pas, en effet, dans les habitudes des créanciers qui entendent conserver leur droit, d'abandonner le titre qui le constate. Cette hypothèse est possible; mais elle est si invraisemblable que la loi a dû nécessairement la rejeter.

Est-elle invincible? Le créancier peut-il la combattre par d'autres preuves et la faire tomber?

Maintenant, notre présomption est-elle invincible ? La preuve contraire est-elle admissible contre elle ? Le créancier peut-il être admis à la combattre en établissant que, bien qu'il ait abandonné son titre, il n'a pas eu cependant l'intention de renoncer à sa créance? La loi distingue : Si l'acte qui constatait la créance, et que le créancier a abandonné, est un acte *sous seing privé*, la présomption légale attachée à ce fait est invincible (art. 1282 et 1283 comparés; voy. aussi l'art. 1352). Si l'acte abandonné n'est que la *grosse d'un acte notarié*, la preuve contraire est admissible (art. 1283).

Quelle distinction la loi fait-elle à cet égard?

Quel est le motif de cette distinction?

On explique ainsi cette différence : le créancier qui abandonne l'acte sous seing privé dont il était nanti n'a plus aucune preuve écrite de son droit, tandis que celui qui fait l'abandon d'une grosse conserve encore un titre, puisque la minute, dont il peut exiger une nouvelle expédition, est restée chez le notaire qui l'a reçue. La présomption est donc, dans le premier cas, beaucoup plus forte que dans le second.

Comment le débiteur prouve-t-il que le créancier lui a fait remise du titre, qu'il le lui a abandonné? Peut-il dire? *Je le possède, donc on me l'a abandonné?*

1426. — Mais comment le débiteur prouvera-t-il que le créancier lui a fait *remise du titre*, qu'il lui en a fait *l'abandon* ? Peut-il en faire la preuve par la possession même du titre ? Il raisonne ainsi : « Je possède le titre : donc vous me l'avez abandonné. » Le créancier répond : « Le titre est entre vos mains, cela est vrai; mais cette possession du titre ne prouve pas que vous le tenez de moi, que je vous l'ai abandonné ; vous l'avez trouvé peut-être; peut-être me l'avez-vous volé. » Ou encore : « Je l'ai déposé entre vos mains, parce que vous me l'avez demandé pour l'étudier ; mais je ne vous l'ai pas abandonné. »

Qui croire ? Le débiteur. A moins que le créancier ne prouve, et il pourra le faire par toute espèce de preuves, la vérité du fait qu'il allègue. — Je démontre ma proposition :

En établissant la présomption qu'elle attache au fait de l'abandon du titre qui constate la créance, la loi a eu évidemment pour but de dispenser les parties de la nécessité de dresser un écrit pour prouver la remise de la *dette*. S'il en était autrement, cette présomption n'aurait plus aucune utilité : car, si la preuve de l'abandon *du titre* ne pouvait être faite que par écrit, les parties ne manqueraient jamais, en dressant l'écrit, d'y relater la mention expresse de la remise *de la dette elle-même*.

Ainsi, l'abandon du *titre* peut être prouvé autrement que par écrit.

Lorsqu'un fait peut être prouvé autrement que par écrit, il peut l'être par témoins. Lorsqu'il peut l'être par témoins, il peut l'être par de simples présomptions de l'homme (art. 1353). Or, la pos-

session du titre par le débiteur doit naturellement en faire présumer l'abandon par le créancier. En quelle qualité présumerait-on qu'il le détient ? Dira-t-on qu'il l'a volé ? qu'il l'a trouvé ? que le créancier le lui a confié pour qu'il l'étudie ? mais ces faits, le vol, la perte du titre, ou le dépôt que le créancier en a fait entre les mains du débiteur, sont des faits exceptionnels, extrêmement rares, qui ne doivent pas être présumés.

Le débiteur peut donc dire : « La preuve que vous m'avez fait remise de la *dette*, c'est que vous m'avez remis le *titre* qui la constatait ; la preuve que vous m'avez remis le titre, c'est que je le détiens, qu'il est en ma possession. »

En d'autres termes, l'abandon du *titre* fait présumer l'abandon de la *créance ;* la possession du *titre* par le débiteur en fait présumer l'abandon par le créancier. C'est une présomption qui est prouvée par une autre.

1427. — Mais notons une différence essentielle entre ces deux présomptions. Celle que nous attachons à la possession du titre par le débiteur n'est pas une présomption *légale*, obligatoire pour le juge : c'est une pure présomption de l'homme, qui est abandonnée à l'appréciation des juges, et que le créancier peut combattre par toute espèce de preuves (art. 1353). La présomption attachée à l'abandon du titre est, au contraire, une présomption *légale* que le juge est obligé d'admettre tant qu'elle n'est pas détruite par une autre preuve. Bien plus, aucune preuve contraire n'est admissible quand le titre abandonné est un acte sous seing privé (voy. le n° 1425).

1428. — En résumé, la remise du *titre* fait présumer la remise de la *dette ;* ce fait, l'abandon du *titre*, peut être prouvé, quelle que soit l'importance de la dette, par témoins, et même par de simples présomptions, parmi lesquelles nous plaçons la possession du titre par le débiteur.

L'abandon du titre fait-il présumer un *paiement* ou une *remise à titre gratuit?* Quel est l'intérêt de cette question ?

1429. — Reste une difficulté. A quel titre le débiteur est-il présumé libéré ? L'abandon de l'écrit fait-il présumer un *paiement* ou une remise de dette *à titre gratuit ?* — L'intérêt de cette question est manifeste.

Y a-t-il présomption de *paiement :* le paiement est valable, lors même qu'il est fait soit par un incapable de disposer à titre gratuit, pourvu qu'il soit capable de disposer à titre onéreux, soit à une personne incapable de recevoir à titre gratuit, pourvu qu'elle soit capable de recevoir à titre onéreux. Enfin, il n'est sujet ni à *rapport*, ni à *réduction*, ni à *révocation* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant. — Y a-t-il présomption de *libéralité :* nous avons les résultats opposés.

En outre, si c'est un *paiement*, le débiteur à qui le titre a été abandonné peut exercer son recours contre ses codébiteurs solidaires, s'il y en a, ou contre le débiteur principal. — Si c'est une remise de dette, il n'a aucun recours à exercer.

Résolvant la question, je soutiens que l'abandon du titre fait

présumer la remise de la dette *ou* le paiement, au choix du débiteur. Que dit, en effet, l'art. 1283? Que la remise de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette *ou* le paiement! Aux termes de l'art. 1282, la remise de l'acte sous seing privé prouve « la *libération* du débiteur. » Or, ce mot « libération » est générique; il répond aux mots : « remise de la dette *ou* paiement » (M. Val.).

1430. — Si le titre abandonné est un acte sous seing privé, le créancier ne peut pas combattre la présomption de remise de dette *ou* de paiement que le débiteur invoque : car aucune preuve contraire n'est admise contre celle qu'établit l'art. 1282. Que si, au contraire, c'est la grosse d'un titre authentique qui a été abandonnée, le créancier peut combattre la présomption invoquée contre lui (voy. le n° 1425). Le débiteur prétend-il qu'il est libéré à titre de paiement : le créancier ou ses héritiers pourront, par d'autres preuves, établir que c'est une remise de la dette qu'il a reçue : car le créancier, étant admis à prouver que le débiteur n'est libéré à aucun titre, doit, *à fortiori*, être admis à prouver qu'il n'est pas libéré au titre qu'il invoque.

Art. 1286.

La remise de la chose donnée en gage fait-elle présumer la remise de la dette?

1431.—Le créancier qui restitue à son débiteur les choses qu'il en avait reçues à titre de nantissement, c'est-à-dire de gage ou d'antichrèse (art. 2072), n'est pas, par cela même, présumé avoir renoncé à sa créance. La loi ne voit dans cette restitution des sûretés de la créance qu'une marque de confiance que le créancier accorde au débiteur

Art. 1285 et 1287.

La remise de la dette n'est-elle pas tantôt réelle ou absolue, tantôt personnelle ou limitée à telle personne?

1432. — III. *Des effets de la remise de la dette.* — La remise de la dette peut être *réelle* ou *personnelle*. Elle est *réelle*, lorsqu'elle est *absolue, générale*, sans restriction à telle ou telle personne; *personnelle*, lorsqu'elle est limitée à telle ou telle personne.

— La remise *tacite*, je veux dire celle qui résulte de l'abandon que le créancier fait de son titre, est toujours *réelle* : car, si le créancier n'avait pas eu l'intention d'abandonner sa créance à l'égard de tous ceux qui en sont tenus, il eût évidemment conservé son titre contre ceux d'entre eux qu'il n'entendait pas libérer. Ainsi :

La remise *tacite* n'est-elle pas toujours *réelle*?

Qu'en faut-il conclure?

1° La remise du titre à l'un des débiteurs *solidaires* profite à tous.

2° Lorsque plusieurs personnes ont contracté une même dette *conjointement*, par un seul et même acte, mais sans solidarité, la remise du titre à l'une d'elles les libère toutes.

3° La remise du titre à l'une des cautions profite à toutes; elle profite même au débiteur principal.

4° A bien plus forte raison, la remise du titre au débiteur principal profite-t-elle à ses cautions.

Quid, de la remise *expresse*?

Lorsqu'elle est faite à l'un des débiteurs solidaires, est-elle présumée *réelle* ou *personnelle*?

— Quant à la remise *expresse*, elle est tantôt *réelle*, tantôt *personnelle*. Reprenons donc les différentes hypothèses que nous venons d'énumérer.

1433. — 1° Remise faite à l'un des débiteurs solidaires. — La loi la présume *réelle*, faite à tous. Le créancier qui entend ne libé-

rer que celui des débiteurs avec lequel il contracte, doit expressément réserver ses droits contre les autres. Sa créance continue alors d'exister contre eux, mais sous la déduction de la part que devait supporter dans la dette celui qui a été déchargé (voy., sous le n° 1269, le développement et la critique de cette théorie).

La remise expresse faite à l'un des débiteurs *conjoints*, mais non *solidaires*, est-elle *réelle* comme la remise tacite?

1434. — 2° Remise faite à l'une des personnes qui ont contracté conjointement, mais sans solidarité. — Cette remise est *personnelle*. En effet, lorsque plusieurs personnes contractent conjointement, chacune d'elles s'oblige pour une part égale à celle pour laquelle ses codébiteurs s'obligent; en sorte qu'on peut dire qu'il y a autant de dettes distinctes et séparées qu'il y a d'obligés (voy. le n° 1245) : si donc le créancier décharge l'un d'eux, celui-là est bien libéré; mais cette remise ne nuit ni ne profite aux autres, qui restent obligés chacun pour la part dont il est tenu (art. 1165).

Quid, de la remise expresse accordée à l'une des cautions? Quelle distinction faut-il faire dans ce cas?

1435. — 3° Remise accordée à l'une des cautions. — Une distinction est ici nécessaire. Si le créancier, traitant avec la caution, lui a fait remise, non pas seulement du *cautionnement*, mais de *la dette elle-même*, cette remise est réelle : elle profite à tous, à la caution qui l'a obtenue, aux autres cautions, et même au débiteur principal. Que si, au contraire, le créancier a simplement fait remise du *cautionnement*, et c'est l'hypothèse que prévoient les deux dernières phrases de l'art. 1287, cette remise est *personnelle* : elle ne profite ni au débiteur principal ni aux autres cautions.

Cependant, en ce qui touche les autres cautions, le texte de la loi est trop absolu. « La remise accordée à l'une des cautions, y est-il dit, *ne libère point les autres.* » Pris à la lettre, ce texte signifierait que les cofidéjusseurs de celui qui a été déchargé restent tenus de *toute* la dette; mais évidemment cette solution n'est pas admissible : ils restent tenus de la dette, sous la déduction de la part pour laquelle ils auraient pu recourir contre leur cofidéjusseur s'il n'eût pas été déchargé. Cela résulte, par *analogie* et par *à fortiori*, de l'art. 1285, aux termes duquel le créancier qui a fait une remise personnelle à l'un des débiteurs solidaires ne peut plus poursuivre les autres que sous la déduction de la part que le débiteur déchargé devait supporter dans la dette (voy. le no 1433). En effet, de ces deux choses l'une : ou les cautions se sont engagées solidairement, ou elles se sont engagées sans solidarité. Au premier cas, celles qui n'auront pas été déchargées invoqueront, par analogie, le bénéfice de l'art. 1285; au second, elles l'invoqueront par *à fortiori*. Et rien n'est plus équitable que cette interprétation. Lorsque plusieurs personnes cautionnent ensemble un même débiteur, chacune d'elles considère que, si elle paie la dette entière, elle aura recours contre les autres pour leur part et portion (art. 2033); ce n'est que dans cette confiance qu'elle donne son engagement : le créancier ne peut donc pas, en déchargeant l'une d'elles, faire porter sur les autres tout le fardeau de la dette (art. 2037).

Toutefois, si la caution qui a été déchargée ne s'était engagée qu'après l'engagement des autres, notre théorie devrait être modifiée. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que les cofidéjusseurs de la caution qui a été déchargée ont compté que, s'ils étaient obligés de payer toute la dette, ils auraient un recours contre elle pour lui faire supporter sa part dans la dette. En la déchargeant, le créancier remet les choses dans l'état où elles étaient quand ils se sont obligés.

La remise de la dette faite au débiteur principal profite-t-elle à ses cautions?

1436. — 4° Remise de la dette faite au débiteur principal. — Cette remise est *réelle* : le débiteur serait, en effet, inutilement libéré si la décharge qu'il a obtenue ne profitait pas à ses cautions : si elles étaient obligées de payer la dette, elles auraient un recours contre lui. D'ailleurs, il ne peut y avoir de *caution* sans un *débiteur principal*.

Art. 1288.

Quel est l'effet de la convention par laquelle le créancier donne à la caution décharge du cautionnement, moyennant une certaine somme qu'il en reçoit?

Cet effet est-il juste? est-il conforme à l'intention véritable des parties?

1437. — Le Code termine la théorie de la remise de la dette par une disposition qui, logiquement, est inexplicable. En voici le texte : « Ce que le créancier a reçu d'une caution *pour la décharge de son cautionnement*, doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur et des autres cautions. »

Soit une dette de 20,000 fr., payable dans quinze ans et garantie par une caution. Si le débiteur devient insolvable, la caution perdra 20,000 fr., puisque à défaut du débiteur c'est elle qui sera obligée de payer le créancier. Ainsi, un danger existe, et c'est la caution qui en est menacée. Désireuse de s'y soustraire, elle dit au créancier : « Je vous offre 1,000 fr., si vous me donnez, dès à présent, *décharge du cautionnement*. » Le créancier accepte. Que s'est-il passé? un véritable contrat *à titre onéreux* et *aléatoire*, une espèce de contrat d'assurance. Le créancier reçoit 1,000 fr. en échange des risques qu'il prend à sa charge; la caution reçoit, en échange des 1,000 fr. qu'elle donne, sa libération des risques auxquels elle était exposée. En présence de ces faits, si nous ne consultons que la logique des choses, nous maintiendrons le contrat tel qu'il se comporte. Le créancier conserverait sa créance de 20,000 fr.: car les 1,000 fr. qu'il a reçus sont, non pas un à-compte sur ce qui lui est dû par le débiteur, mais le prix des risques dont il a déchargé la caution, et qu'il a pris à sa charge.

Que décide donc la loi? Que les 1,000 fr. qui ont été payés s'imputeront sur les 20,000 fr. qui sont dus par le débiteur, et qu'ainsi la créance du créancier sera réduite à 19,000 fr. Que résulte-t-il de là? La chose du monde la plus injuste! Le créancier a couru un risque, et n'a rien reçu en échange de l'avantage qu'il a procuré à la caution! La caution, qui a été déchargée des dangers auxquels elle était exposée, reprend les 1,000 fr. qu'elle avait payés pour obtenir cet avantage! Elle les reprend, car évidemment elle peut les répéter du débiteur qui en a profité. Les parties avaient fait un contrat *à titre onéreux* et *aléatoire*, la loi en fait un contrat *à titre gratuit* (1).

(1) Les parties éludent cette disposition, en ne mentionnant point, dans

SECTION IV. — DE LA COMPENSATION.

Art. 1289.

Qu'est-ce que la compensation?

Sur quels motifs est-elle fondée?

1438. — I. *Définition de la compensation; motifs sur lesquels elle est fondée.* — Il arrive souvent que deux personnes sont respectivement débitrices l'une de l'autre, et que les choses qu'elles se doivent sont de même espèce; lorsque ce résultat se rencontre, les deux dettes s'éteignent de plein droit. Chacun des débiteurs *retient*, en paiement de ce qui lui est dû, ce qu'il doit à l'autre. Vous me devez 1,000 fr. et je vous dois pareille somme : si j'étais obligé de vous payer la somme que je vous dois, je pourrais, aussitôt après vous l'avoir payée, exiger de vous celle qui m'est due, en sorte que vous seriez obligé de rendre d'une main ce que vous auriez reçu de l'autre. Il est bien plus naturel que chacun de nous retienne, en paiement de la somme qui lui est due, celle dont il est lui-même débiteur : *melius est non solvere quàm solutum repetere* (1). Ces paiements, légalement supposés ou *fictifs*, s'appellent *compensation*.

Nous pouvons donc définir la compensation : une disposition de la loi en vertu de laquelle deux personnes qui sont respectivement débitrices l'une de l'autre retiennent chacune, en paiement de ce qui lui est dû, ce qu'elle doit elle-même...; ou, ce qui revient au même, un paiement double, fictif et abrégé, qui éteint deux dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre.

1439. — La compensation a pour fondement : 1° un motif d'*utilité*; 2° un motif de *justice*.

Un motif d'*utilité*... Elle sauvegarde, en effet, l'intérêt réciproque des parties, en évitant des déplacements et des lenteurs qui leur seraient préjudiciables. Vous me devez dix barriques de vin; je deviens l'héritier d'une personne qui vous doit dix barriques du même vin : si la compensation n'avait pas lieu, qu'arriverait-il? je ferais conduire chez vous le vin que je vous dois, et après l'avoir reçu, vous le feriez conduire chez moi. La compensation économise les frais de ce double transport. — Je dois vous payer telle somme à Paris, où je suis domicilié; vous me devez pareille somme payable à votre domicile, à Marseille : si la compensation n'avait pas lieu, je serais obligé de faire venir de Marseille la somme qui doit m'y être payée, tandis que vous seriez obligé de faire venir de Paris celle que vous avez le droit de réclamer. La compensation, plus expéditive et plus économique, évite les lenteurs et les frais de ces déplacements.

l'acte qui constate la décharge de la caution, le prix qu'elle a payé pour l'obtenir : l'acte n'exprime qu'une décharge gratuite. Le créancier ne croit pas, en agissant ainsi, faire une mauvaise action; or, toute loi qu'on peut violer si facilement et avec autant de tranquillité de conscience n'est pas en pratique une bonne loi. (M. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 330 et s.)

(1) *Il vaut mieux tenir que demander* (voy. M. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 335).

Un motif de *justice*... On conçoit, en effet, qu'il serait injuste, lorsque deux personnes se doivent mutuellement deux choses de même espèce, que l'une d'elles pût exiger celle qui lui est due, tout en refusant de payer celle qu'elle doit. La condition des parties ne serait plus égale : car, tandis que l'une d'elles serait désintéressée, l'autre, celle qui paierait la première, resterait exposée au risque de l'insolvabilité de son débiteur.

Art. 1291.

A quelles conditions et dans quel cas la compensation a-t-elle lieu? En d'autres termes, quelles dettes sont compensables, quelles dettes ne le sont pas?

Pourquoi la compensation a-t-elle lieu lorsque les deux dettes ont l'une et l'autre pour objet une somme d'argent, ou des choses fongibles de la même espèce, tandis qu'elle n'est pas admise entre deux dettes qui ont pour objet des choses différentes ou des corps certains?

1440. — II. *Des conditions de la compensation.* — Elles sont au nombre de trois. Les deux dettes à compenser doivent : 1° avoir pour objet, l'une et l'autre, une somme d'argent ou des choses fongibles de même espèce; 2° être *liquides;* 3° être *exigibles.*

1° *Les deux dettes doivent avoir pour objet, l'une et l'autre, une somme d'argent ou des choses fongibles de même espèce.* — La raison de cette première règle est facile à comprendre. Ce qui est vrai du *paiement* l'est également de la *compensation*, puisque la compensation n'est elle-même qu'un paiement double et abrégé : donc, de même qu'un créancier ne peut pas être contraint de *recevoir*, de même il ne peut pas être contraint de *retenir*, en paiement, une chose *autre que celle qui lui est due.* De là la règle que les dettes qui ont pour objet des choses différentes ne sont point compensables.

Ainsi, la compensation a lieu lorsque les deux dettes ont, l'une et l'autre, pour objet *une somme d'argent;* ou lorsqu'elles ont, l'une et l'autre, pour objet des choses fongibles *de la même espèce*, par exemple tant de barriques de vin de la même année et du même crû.

Elle n'a pas lieu, au contraire, lorsque les deux dettes ont pour objet des choses fongibles qui ne sont pas de la même espèce, lors, par exemple, que l'une a pour objet dix exemplaires d'un ouvrage, et l'autre dix barriques de vin.

A bien plus forte raison, est-elle impossible lorsque l'une des deux dettes a pour objet une chose déterminée individuellement, un *corps certain.* Votre père m'a légué *son* cheval; mon père vous a légué *un* cheval, sans dire lequel : la compensation est impossible : car, si vous pouviez me contraindre de retenir en paiement le cheval *in genere* que je vous dois, je recevrais, en réalité, une chose *autre que celle qui m'est due.* Ce qui m'est dû, en effet, ce n'est pas un cheval quelconque, c'est le cheval qui a appartenu à votre père, qu'il m'a légué ; c'est ce cheval, et non un autre, que vous devez me payer. Ce qui le prouve, c'est que, si je vous payais le cheval que je vous dois, vous ne pourriez pas me contraindre à le recevoir à mon tour en paiement.

— En résumé, la loi veut que, par la compensation, les parties soient placées dans la position où elles seraient si elles avaient, l'une et l'autre, exécuté effectivement leur obligation.

On peut ramener tout ce système à une règle générale bien simple : *Toutes les fois que deux personnes sont réciproquement débitrices l'une de l'autre, et que chacune d'elles pourrait employer à sa propre*

libération la chose même qu'elle recevrait en paiement, la compensation a lieu ; hors de là elle est impossible.

N'existe-t-il pas un cas où la compensation a lieu entre deux dettes qui ont pour objet deux choses différentes?

1441. — Cependant il existe un cas où, par exception, la compensation a lieu, bien que les deux dettes aient pour objet des choses *différentes ;* un cas où chacun des débiteurs est contraint de retenir en compensation une chose *autre que celle qui lui est due.* Les dettes qui ont pour objet une *somme d'argent* peuvent, en effet, se compenser avec les dettes non contestées qui ont pour objet des *denrées dont le prix est réglé par les mercuriales* (1). — Vous me devez dix mesures de blé ; les mercuriales constatent que le blé s'est vendu, au dernier marché, 30 fr. la mesure. Je deviens votre débiteur d'une somme de 300 fr. : nos deux dettes sont éteintes par compensation. Ainsi, j'étais créancier d'une quantité de *blé,* et je retiens en paiement *une somme d'argent ; une somme d'argent* vous était due, et vous retenez en paiement une quantité de *blé.* La loi a pensé sans doute que l'argent représente les denrées dont le prix est déterminé par les mercuriales, et réciproquement. Et, en effet, rien n'est plus facile que de se procurer du blé avec de l'argent, ou, réciproquement, de l'argent avec du blé.

Pourquoi a-t-elle lieu dans ce cas?

Je vous ai vendu dix mesures de blé *in genere,* moyennant la somme de 300 fr.: les deux dettes nées de cette vente ne sont-elles pas, en apparence, compensables entre elles?

Pourquoi ne le sont-elles pas?

1441 *bis.* — Cette théorie a donné lieu à une hypothèse fort originale. Je vous vends dix mesures de blé *in genere,* moyennant la somme de 300 fr. Les deux dettes, nées du contrat que nous venons de faire, sont liquides et exigibles; l'une a pour objet une *somme d'argent,* l'autre *une denrée dont le prix est fixé par les mercuriales :* donc, dès qu'elles sont nées, elles s'éteignent par compensation ; donc nous ne nous devons rien ni l'un ni l'autre ; donc toute vente qui a pour objet des denrées dont le prix est déterminé par les mercuriales aboutit à un résultat négatif!

Comment échapper à ce raisonnement? Par un argument bien simple! La compensation est fondée sur l'intention présumée des parties ; or, dans l'espèce, cette intention ne saurait être présumée. On ne peut pas, en effet, admettre que les parties aient eu l'idée bizarre de détruire, par une voie détournée, le contrat qu'elles faisaient; que chacune d'elles ait eu, en contractant, deux volontés contradictoires, l'une pour faire, l'autre pour défaire le contrat. En d'autres termes, la compensation a pour fondement l'intérêt réciproque des parties ; or, dans l'espèce, leur intérêt est que la compensation n'ait pas lieu.

Qu'est-ce qu'une dette *liquide?*

1442. — 2° *Les deux dettes doivent être liquides.* — Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû et qu'on sait combien il est dû : *cùm certum est an et quantùm debeatur.*

Une dette liquide, mais qui n'est pas *reconnue* par les parties, est-elle compensable?

Il n'est point nécessaire que les dettes soient *reconnues* par les parties : car, si l'un des débiteurs s'avisait de faire une mauvaise contestation, et de soutenir, *contre toute évidence,* qu'il ne doit pas, cette contestation ridicule ne serait pas un obstacle à la com-

(1) On appelle *mercuriales* des registres sur lesquels les maires constatent le cours des denrées sur les marchés de leur commune.

pensation. Ainsi, une dette est non *liquide* et, par suite, non susceptible de compensation lorsqu'elle peut donner lieu à une contestation raisonnable et sérieuse : tel est, par exemple, un compte non encore arrêté.

Pourquoi les dettes qui ne sont pas liquides ne sont-elles point susceptibles de compensation ?

Mais pourquoi les dettes qui ne sont point *liquides* sont-elles incompensables? En voici, à mon avis, la raison. La compensation est fondée sur l'intérêt commun des parties : elle est donc impossible dès qu'elle serait, si elle avait lieu, préjudiciable à l'une d'elles. Or, lorsque l'une des parties, dont la créance est liquide et exigible, réclame le paiement qui lui est dû, ce serait lui faire préjudice que la renvoyer à une autre époque, sous prétexte que son débiteur est *peut-être* aussi son créancier. Ce serait, en réalité, mettre un terme à une créance exigible, puisque le créancier serait obligé d'attendre, pour obtenir satisfaction, jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur la prétention du demandeur (1).

Pourquoi en est-il de même des dettes qui ne sont pas exigibles?

1443. — 3° *Les deux dettes doivent être l'une et l'autre exigibles.* — Autrement, celui des débiteurs qui n'est pas tenu de payer actuellement se trouverait, par le fait de la compensation, privé du bénéfice du terme, ou du bénéfice de la condition lorsque son obligation est conditionnelle. Ainsi, les dettes à terme, tant que le terme n'est pas échu, les dettes conditionnelles, tant que la condition est en suspens, ne peuvent pas être opposées en compensation.

Mais remarquons :

Art. 1292.

Le terme fait-il toujours obstacle à la compensation?

1° Que *le terme de grâce* ne fait pas obstacle à la compensation. Ce terme, en effet, n'a été accordé au débiteur qu'à cause de l'impossibilité où il était de payer immédiatement sans éprouver un grave préjudice ; or, la compensation supprime cette impossibilité, puisqu'elle lui fournit un moyen aussi utile que facile de libération.

L'exigibilité d'une dette la rend-elle toujours compensable?

2° Que les dettes d'un débiteur failli, quoiqu'elles soient devenues exigibles par l'effet de sa faillite (art. 1188, C. N. ; 444, C. comm.), ne peuvent pas être compensées avec les créances exigibles qu'il a sur son créancier. Et la raison en est bien simple. Lorsqu'un débiteur est failli, ses créanciers chirographaires sont payés *au marc le franc* : chacun d'eux reçoit un dividende proportionnel à sa créance. Or, si l'un des créanciers pouvait retenir, en paiement de la somme qui lui est due, la somme qu'il doit lui-même, il recevrait, en réalité, un paiement intégral, tandis que les autres créanciers ne recevraient qu'un simple dividende. On créerait ainsi, à son profit, un privilége qui n'est pas écrit dans la loi (2) !

(1) Toutefois, lorsque celui des débiteurs dont la créance n'est pas liquide ne peut sans éprouver un préjudice considérable, payer immédiatement ce qu'il doit, il appartient aux juges, conformément à l'art. 1244, de lui accorder un délai de grâce : il pourra, pendant ce délai, s'il est diligent, faire liquider sa créance, ce qui amènera la compensation.

(2) Voy. le *Traité de droit commercial* par MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 154 et suiv.

Art. 1290.

Les dettes qui ne sont pas *connues* des parties sont-elles compensables ?

1444. — Les trois conditions que nous venons d'étudier sont les seules qu'exige la loi. Concluons-en qu'il n'est pas nécessaire, pour que la compensation ait lieu :

1° *Que les deux dettes soient* CONNUES *des débiteurs.*—La compensation, en effet, a lieu *de plein droit*, par la seule autorité de la loi, même à l'insu des parties. Dès que les deux dettes existent simultanément et qu'elles réunissent, l'une et l'autre, les conditions qu'exige la loi, *connues* ou non des parties, la compensation produit son effet : les deux dettes sont éteintes. Je deviens l'héritier d'une personne à qui vous devez 1,000 fr.; de votre côté, vous succédez à quelqu'un à qui je dois pareille somme : si les deux dettes sont exigibles, la compensation a lieu lors même que nous ignorons l'un et l'autre l'ouverture des successions auxquelles nous sommes appelés.

La compensation a-t-elle lieu entre deux dettes inégales quant à leur *quantum*?

Cette règle n'est-elle pas contraire à une autre règle de notre droit?

Pourquoi l'a-t-on admise?

2° *Qu'elles soient d'égale valeur.*—Ainsi, lorsque les deux dettes sont inégales quant à leur *quantum*, la compensation s'opère dans la limite de la plus faible des deux dettes. Vous me devez 1,000 fr.; je vous en dois 600 : la compensation a lieu jusqu'à concurrence de 600 fr., sauf à moi à vous poursuivre en paiement des 400 fr. dont vous restez mon débiteur. — Nous trouvons là une exception au principe qu'un créancier ne peut pas être contraint de recevoir des paiements fractionnés (art. 1244). La loi a pensé, d'une part, que les avantages de la compensation étaient supérieurs aux inconvénients qui résultent des paiements fractionnés, et, d'autre part, que le créancier peut facilement obtenir les avantages d'un paiement intégral, s'il exige immédiatement le paiement de la portion de créance qui n'a pas été compensée.

Art. 1296.

La compensation se produit-elle entre deux dettes qui ne sont pas payables au même lieu?

3° *Qu'elles soient payables dans le même lieu.* — Ainsi, une dette payable à Marseille peut être compensée avec une dette payable à Paris, « sauf à faire raison à celui des débiteurs qui y a droit, des frais de la remise. » Il se peut, en effet, que, par la compensation, l'une des parties retienne la somme ou la chose en paiement dans un lieu autre que celui où elle avait un intérêt appréciable à la recevoir. Dans ce cas, l'autre partie lui doit compte de l'intérêt qu'elle a, par l'effet de la compensation, manqué d'obtenir. Nous sommes, vous et moi, domiciliés à Paris; je stipule de vous la somme de 500 fr. *payable à Marseille*, où j'en dois faire emploi; plus tard, vous devenez mon créancier de pareille somme payable à Paris : si la compensation avait lieu purement et simplement, elle ne me procurerait pas tout l'avantage que m'aurait procuré un paiement effectif de la somme qui m'est due : je serai, en effet, forcé d'envoyer à Marseille la somme que j'y dois employer, et de payer les frais du transport. Partant, vous me devrez compte de ces frais. En d'autres termes, chacune des parties doit avoir, par la compensation, tous les avantages que chacune d'elles aurait obtenus par le paiement effectif de sa créance.

Art. 1293.

La cause de la dette

4° *Qu'elles aient une cause semblable.* — Ainsi, la dette née d'un contrat de *prêt* peut être compensée avec la dette née d'un contrat

de *vente ;* une dette née d'un *délit* ou d'un *quasi-délit*, avec une dette née d'un *contrat* ou d'un *quasi-contrat*. — Toutefois, je rappelle que les dettes qui, nées d'un même contrat, sont la cause l'une de l'autre, ne sont point compensables entre elles (voy. le n° 1441 *bis*).

fait-elle obstacle à la compensation ?

Quid cependant, si les deux dettes sont nées du même contrat ?

1445. — III. *Exceptions au principe que la compensation a lieu* QUELLES QUE SOIENT LES CAUSES DE L'UNE ET L'AUTRE DES DETTES.

La règle que la compensation a lieu, quelle que soit la cause des deux dettes, ne souffre-t-elle point des exceptions ?

Quelles exceptions le Code cite-t-il ?

La compensation n'a pas lieu dans le cas :

1° « *D'une dette qui a pour objet des aliments déclarés insaisissables,* » ou, plus généralement (car le motif est le même), *des choses insaisissables* (voy., dans l'art. 581, C. pr., quelles choses sont insaisissables). Celui qui a dans ses biens une créance de choses *insaisissables* n'en peut pas être dépouillé par ses créanciers ; ils n'ont pas le droit de la saisir et de la faire vendre pour se payer sur le prix en provenant. Il en résulte que, si le créancier est de son côté débiteur de celui qui doit ces choses, ce dernier ne peut pas plus les retenir en compensation qu'il ne peut les saisir : car cette retenue aurait les mêmes résultats qu'une saisie, qu'un paiement forcé.

1446. — « 2° *De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.* » *Spoliatus antè omnia restituendus.* — Cette seconde exception a été introduite en haine des voleurs, et surtout afin d'empêcher les entreprises des créanciers qui se font justice par eux-mêmes. Vous me devez une somme de 1,000 fr. ; je sais que vous tenez caché l'argent que vous pourriez employer à vous libérer envers moi ; je vais chez vous, et je vous l'enlève ; puis, sur votre demande en restitution, je vous oppose la compensation : la loi rejette ma prétention : elle veut que je restitue la somme dont je vous ai dépouillé, sauf à me faire payer, si je le puis, et par les voies ordinaires, la somme que vous me devez.

3° « *De la demande en restitution d'un dépôt ; 4° de la demande en restitution d'un prêt à usage.* » — Ainsi, le dépositaire ou l'emprunteur à usage est tenu de rendre la chose qui lui a été confiée ou prêtée, lors même que le déposant ou le prêteur auquel il doit la rendre lui doit une chose semblable. La dette dont l'emprunteur est tenu est née d'un acte de bienfaisance, d'un bon office qu'il a reçu ; c'est une dette d'honneur, une dette sacrée : il ne peut, sous aucun prétexte, en refuser le paiement. La dette née d'un dépôt est également une dette de confiance, une dette d'honneur : la loi ne veut pas que le dépositaire puisse refuser de la payer, sous prétexte qu'il est lui-même créancier du déposant.

Mais, dans ces derniers cas, ne s'agit-il point de dettes ayant pour objet *un corps certain* ?

1447. — Les exceptions exposées au n° 1446 ont donné lieu à une difficulté qu'il importe d'étudier.

La compensation n'a lieu qu'entre les dettes qui ont pour objet des choses *fongibles*, c'est-à-dire des choses qui peuvent être remplacées l'une par l'autre : les dettes de CORPS CERTAINS *ne* sont point *compensables* (voy. le n° 1440, *in fine*). Telle est la règle des compensations.

Or, que doivent celui qui a détourné injustement la chose d'autrui, le dépositaire ou l'emprunteur à usage? *La chose même* qu'ils ont détournée, qui leur a été confiée ou prêtée. C'est *cette chose*, et non une autre, qu'ils doivent restituer. Ils sont débiteurs d'une chose individuellement déterminée, *d'un corps certain*. La *règle* même de la compensation suffisait, par conséquent, pour rendre leur dette incompensable. Qu'était-il besoin dès lors de faire un texte exprès, de créer des *exceptions*, pour exclure de la règle des cas qu'elle excluait elle-même, ou plutôt qu'elle ne comprenait point?

Je crois, quant à moi, qu'il y a là une erreur législative. Les rédacteurs de notre Code ont emprunté ces dispositions au droit romain, où elles constituaient une véritable exception au principe des compensations; ils se les sont appropriées, sans prendre garde qu'elles étaient, du moins en général, inutiles sous l'empire des principes nouveaux qui régissent aujourd'hui la compensation. En droit romain, la compensation n'avait pas lieu *de plein droit*, elle était *judiciaire* : elle devait donc être opposée en justice et prononcée par le juge. Or, comme, à Rome, toute condamnation, même celle qui intervenait sur des dettes de *corps certains*, avait pour objet *une somme d'argent*, c'est-à-dire une chose fongible, les dettes de *corps certains* étaient elles-mêmes compensables. Dans ce système, la règle de la compensation comprenant même les dettes nées d'un dépôt ou d'un prêt à usage, le législateur dut faire une *exception* pour les déclarer incompensables. Les rédacteurs de notre Code ont à tort reproduit cette exception : car, dans notre droit, les dettes de *choses fongibles* étant seules compensables, il était inutile d'exclure de la règle les dettes de *corps certains*.

N'a-t-on pas cependant essayé de justifier le Code?

1448. — On a cependant essayé de justifier le Code, en s'efforçant de trouver un sens utile aux exceptions qu'il a consacrées. « Sans doute, a-t-on dit, lorsque celui qui a détourné injustement la chose d'autrui, le dépositaire ou l'emprunteur à usage, sont débiteurs de la *chose même* qu'ils ont détournée, qui leur a été confiée ou prêtée, la compensation n'est pas possible d'après *la règle* même des compensations. Mais il se peut qu'à la place de cette chose ils doivent une somme d'argent non individuellement déterminée, considérée, en un mot, comme chose fongible, auquel cas leur dette serait compensable d'après la règle générale ; c'est alors, seulement, que s'applique *l'exception*. »

Quant au dépôt, tout le monde admet cette explication. Le dépôt, en effet, peut avoir pour objet une somme d'argent, considérée tantôt comme *corps certain*, tantôt comme chose *fongible*. Je dépose chez vous un sac d'écus ; le sac est ficelé et cacheté ; il est convenu que vous me rendrez *ce sac d'écus* dès que je vous le demanderai : c'est le dépôt *régulier*. Le dépositaire est alors débiteur d'un *corps certain*. Dans ce cas, sa dette est incompensable, d'après *la règle* même des compensations.

Mais les choses ne se passent pas toujours ainsi. Le dépôt d'une

somme d'argent est quelquefois fait avec la faculté, pour le dépositaire, de confondre avec le sien, dans sa caisse, l'argent qu'on lui confie, et sous l'obligation de rendre *non pas les mêmes écus*, mais *une même valeur* : c'est le dépôt *irrégulier*. Dans ce cas, le dépositaire n'est plus débiteur *d'un corps certain*; il doit une quantité, une somme d'argent, *une chose fongible*. Sa dette est *liquide;* elle est *exigible*. Elle serait donc compensable, d'après le droit commun de la compensation; mais, *comme elle est née d'un dépôt*, elle est incompensable.

Cette explication ne peut pas s'appliquer au *prêt à usage* : car, dans cette espèce de prêt, l'emprunteur est *toujours* obligé de rendre la *chose même* qui lui a été prêtée (art. 1875 et 1892). En effet, lorsque je vous prête *à usage* une somme d'argent, vous devez me rendre, non pas une même valeur, mais *les même écus* dont se composait la somme prêtée.

Voici, quant au prêt à usage, l'espèce qu'on a faite pour justifier la loi (l'explication que nous allons donner serait également applicable au cas de dépôt régulier).

Lorsque l'emprunteur laisse périr par sa faute la chose qu'il devait rendre, son obligation, qui primitivement avait pour objet *un corps certain*, se trouve convertie en une dette ayant pour objet des dommages et intérêts, une somme d'argent. Cette dette, en principe, n'est pas susceptible de compensation : car, le *quantum* des dommages et intérêts n'étant pas encore déterminé, on ne peut pas dire d'elle qu'elle est *liquide*. Mais supposons que le prêt à usage soit accompagné d'une clause pénale, je veux dire d'une clause par laquelle les parties ont, par avance, fixé le montant des dommages et intérêts que l'emprunteur sera obligé de payer s'il laisse périr par sa faute la chose empruntée : dans ce cas, l'emprunteur, si la chose périt par sa faute, se trouve devoir *une somme d'argent liquide et exigible*. Sa dette serait donc compensable, d'après le droit commun de la compensation; mais, comme elle est née *d'un prêt à usage*, la compensation n'est pas possible (M. Val.).

Lorsque le dépositaire ou l'emprunteur à usage, débiteur d'un corps certain, a été condamné à payer une indemnité, parce qu'il a, par sa faute, laissé périr le corps certain dont il était débiteur, sa dette est-elle compensable?

Étudions maintenant l'espèce suivante. Le prêt (et ce que je dirai du prêt s'appliquera également au dépôt) n'est point accompagné d'une clause pénale; l'emprunteur laisse périr la chose par sa faute : le voilà constitué débiteur d'une somme d'argent; mais, comme les dommages et intérêts dont il est débiteur ne sont point *liquidés*, sa dette n'est point compensable. Jusque-là tout le monde est d'accord. Le prêteur le poursuit et le fait condamner à payer une somme de..., à titre d'indemnité. Par l'effet de cette condamnation, la dette de l'emprunteur devient *liquide;* elle est *exigible* : est-elle désormais compensable?

1449. — PREMIER SYSTÈME. Elle est compensable. — En effet, elle est *liquide;* elle est *exigible;* elle a pour objet une somme d'argent. Elle n'a plus pour *cause* un contrat de prêt, car elle a été novée par l'effet de la condamnation : sa *cause*, c'est la con-

damnation elle-même. Donc elle n'appartient plus à l'exception, donc elle appartient à la règle (1).

1450. — DEUXIÈME SYSTÈME. Elle n'est pas compensable. — Et d'abord, comment comprendre que l'emprunteur qui a laissé périr la chose par sa faute, ou *qui en a disposé à son profit*, soit traité plus favorablement que celui qui l'a religieusement conservée? S'il n'eût point commis de faute, il ne pourrait point invoquer la compensation; et, parce qu'il est coupable, cette faveur lui serait accordée! Par sa faute ou son dol, il améliorerait sa position, aux dépens du prêteur! Qui croira jamais à une pareille inconséquence (2)?

La dette, dit-on, n'a plus pour cause le contrat de prêt. C'est une pure subtilité! Le contrat de prêt est, en effet, même après la condamnation, la cause première de l'obligation. Cela est bien évident : car, si le contrat de prêt n'avait point existé, l'homme ne serait point débiteur. C'est donc comme emprunteur qu'il est obligé. Or, en cette qualité, il n'a pas droit à la compensation. Sa dette est née d'un acte de bienfaisance, d'un bon office qu'il a reçu; c'est une dette d'honneur, une dette sacrée : il ne peut, sous aucun prétexte, en refuser le paiement (3).

Art. 1297.

Comment s'opère la compensation lorsque l'une des parties est tenue de plusieurs dettes exigibles?

1451. — IV. *Comment s'opère la compensation lorsque l'une des parties est tenue de plusieurs dettes exigibles.* — Le débiteur de plusieurs dettes a le droit, lorsqu'il fait un paiement effectif, de déclarer laquelle de ses dettes il entend acquitter; cette déclaration s'appelle *imputation*. S'il ne l'a pas faite, le droit de la faire passe au créancier. Enfin, à défaut d'imputation par le débiteur et par le créancier, la loi la fait elle-même (voy. le n° 1375). En matière de compensation, l'imputation ne peut être faite ni par l'une ni par l'autre partie, puisque la compensation a lieu à leur insu; c'est, par conséquent, la loi qui la fait elle-même, conformément aux règles qu'elle a établies dans l'art. 1256.

Art. 1290.

La compensation avait-elle lieu en droit romain *ipso jure*?

Quel était le sens de ces expressions *ipso jure*?

N'est-ce pas parce que les jurisconsultes français les ont mal traduites, qu'ils admettent le principe que la compensation a lieu *de plein droit*?

1452. — V. *Comment se fait la compensation, et de ses effets.* — En droit romain, la compensation était judiciaire : pour produire ses effets, elle devait être opposée par l'une des parties à l'autre, et prononcée par le juge. On disait bien qu'elle avait lieu *ipso jure;* mais ces expressions ne signifiaient point qu'elle avait lieu *de plein droit,* par la seule autorité de la loi. Elles signifiaient que la partie qui invoquait la compensation devant le juge avait le droit de le faire d'après le droit civil et sans être obligée de recourir à la voie des exceptions. Les jurisconsultes français, trompés par ces mots *ipso jure*, qu'ils traduisirent mal, enseignèrent que la com-

(1) MM. Marc., art. 1293; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 162.

(2) Cet argument n'est pas décisif : car le locataire et le créancier gagiste, qui, en leur qualité de débiteurs *de corps certains*, n'avaient pas droit au bénéfice de la compensation, sont cependant admis à l'invoquer lorsque, la chose due ayant péri par leur faute, ils ont été condamnés à payer des dommages et intérêts dont le *quantum* est liquidé.

(3) MM. Delv., t. II, p. 578; Val.

pensation avait lieu *de plein droit*, c'est-à-dire par la seule autorité de la loi ; qu'en conséquence il n'était pas nécessaire qu'elle fût opposée par l'une des parties et prononcée par le juge. De *judiciaire* qu'elle était, on la fit *légale* (1). De là cette règle de notre Code : la compensation a lieu *de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs.* Dès que les deux dettes existent simultanément, et qu'elles réunissent les conditions prescrites par la loi, ignorées ou non des parties, la compensation produit ses effets : les deux dettes sont éteintes avec tous leurs accessoires.

Quelles conséquences entraîne le principe que la compensation a lieu *de plein droit*, même à l'insu des parties ?

1452 *bis.* — Le principe que la compensation a lieu *par la seule force de la loi, même à l'insu des parties*, entraîne plusieurs conséquences, et entre autres celles-ci :

1° L'incapacité des parties n'est pas un obstacle à la compensation.

2° Les intérêts cessent de courir, dès le moment que les deux dettes existent simultanément et qu'elles réunissent les conditions prescrites pour la compensation.

3° Dès le même instant, les accessoires de chacune des créances, tels que priviléges, hypothèques, cautionnements, sont éteints avec la créance dont ils garantissaient l'exécution.

La compensation a-t-elle lieu non-seulement à l'*insu* des parties, mais encore *malgré* elles ?

En d'autres termes, les parties peuvent-elles, quand elles sont d'accord à cet effet, effacer rétroactivement les conséquences qu'elle a produites ?

1453. — La compensation opère *de plein droit et à l'insu des débiteurs.* Faut-il ajouter qu'elle a lieu *même malgré eux?* — Comprenons bien cette question.

La compensation a certainement lieu malgré les débiteurs, en ce sens que chacun d'eux la doit subir, *quoiqu'il ne le veuille pas*, si d'ailleurs l'autre débiteur entend en maintenir l'effet.

Mais a-t-elle lieu malgré eux, en ce sens qu'ils ne peuvent point, *même d'un commun accord*, la révoquer rétroactivement et, par suite, maintenir subsistantes entre eux les deux dettes et les deux créances qu'elle avait éteintes ? Là est la question.

De bons esprits sont convaincus qu'une fois produit, l'effet de la compensation est tellement indépendant de la volonté des parties qu'elles doivent l'une et l'autre le subir, *quoiqu'elles soient d'accord pour l'effacer rétroactivement.*

Tel n'est point mon avis. Personne n'ignore qu'en instituant la compensation la loi n'a eu en vue que *l'intérêt particulier des parties.* Si elle veut qu'elle ait lieu de plein droit et même à leur insu, c'est qu'elle suppose qu'elle sera pour chacune d'elles un véritable bienfait. Or, les particuliers sont libres de renoncer aux avantages que des raisons d'intérêt privé ont fait introduire en leur faveur (art. 6) (2). Que l'une des parties ne puisse point, par sa seule volonté, faire tomber la compensation, je le conçois sans peine ; mais, lorsqu'elles sont d'accord pour la repousser parce

(1) *De la nature et des effets de la compensation*, par M. Frédéric Duranton.

(2) Si ce raisonnement est exact, comme je le pense, on devra reconnaître que les parties peuvent renoncer à la compensation non-seulement après qu'elle a produit son effet, mais encore *par anticipation* (MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 162 et 165).

que, en fait et contrairement à la présomption qui lui sert de fondement, elle contrarie plutôt qu'elle ne favorise leur intérêt, dans quel but la loi les contraindrait-elle de la subir quand même? La compensation, maintenue nonobstant leur volonté, et, par conséquent, *à leur préjudice*, ne serait plus qu'une sotte et détestable tyrannie.

Ainsi, la compensation a lieu de plein droit, même à l'insu des débiteurs, mais *non contre leur gré*, lorsque, d'un commun accord, ils la tiennent pour inexistante.

La renonciation par laquelle elles remettent les choses au même état qu'auparavant est-elle opposable aux tiers ?

Toutefois, je n'ai pas besoin de dire que l'acte qui la révoque n'a d'effet que dans les rapports de ceux qui l'ont consenti, et qu'ainsi elle subsiste entière dans l'intérêt des tiers au regard desquels elle constituait un droit acquis (art. 1165 et, par analogie, 1299). — Il est bien entendu, au reste, que les tiers qui en ont profité peuvent adhérer à la révocation qui la supprime.

Peut-elle être tacite ?

Peut-elle l'être même au cas où elle doit faire revivre une créance hypothécaire ?

La renonciation, de quelque part qu'elle vienne, peut être valablement faite en la forme *sous seing privé*. Je dis plus, elle peut avoir lieu même *tacitement* (voy. les nos 1453-3° et 1453-7°). Et il en est ainsi même au cas où elle est destinée à faire revivre, en même temps que la créance à laquelle elles étaient attachées, les hypothèques que la compensation avait éteintes. L'art. 2127, portant que l'hypothèque ne peut être consentie qu'en la forme authentique, par devant notaire, n'a, en effet, trait qu'aux actes qui *la créent*.

Quelles conséquences entraîne la renonciation à la compensation ?

1453 *bis*. — Lorsque les parties renoncent expressément ou tacitement à la compensation, les choses étant alors à considérer comme si elle n'avait jamais existé, les créances qu'elle avait éteintes revivent telles qu'elles étaient à leur origine, et, par conséquent, avec toutes leurs qualités, tous leurs attributs et même, en principe, avec toutes les garanties qui en assuraient le paiement. Ainsi, qu'on suppose compensée une dette *commerciale*, constatée par un titre *exécutoire*, garantie par des sûretés particulières, telles qu'une hypothèque ou un droit de contrainte par corps : le créancier qui la recouvrera pourra :

1° Saisir le tribunal de commerce, si elle devient l'objet d'une contestation ;

2° Utiliser, s'il juge à propos d'en poursuivre directement le paiement, le titre exécutoire qui la constate ;

3° Se prévaloir du droit de contrainte par corps que sa nature comporte ;

4° Invoquer et faire valoir envers et contre tous, si ce n'est envers les tiers au regard desquels son extinction constituait un droit acquis, l'hypothèque qui y est attachée. Ainsi, il en restera nanti à l'encontre, non-seulement de son débiteur, en ce sens qu'il pourra maintenir, renouveler ou rétablir l'inscription qui devra la conserver, mais encore des acquéreurs ou des créanciers hypothécaires dont les droits auront pris naissance *postérieurement* aux actes par lesquels elle aura été rétablie et conservée.

Quant aux acquéreurs dont l'acquisition était transcrite et quant aux créanciers qui étaient inscrits *à la date des mêmes actes*, la compensation ayant, pour eux, constitué un droit acquis à l'extinction de l'hypothèque, ce sont des *tiers* au regard desquels la révocation de la compensation est nulle et de nul effet, conformément au principe *res inter alios acta alteri nec nocere nec prodesse potest* (1).

1453 *ter*. — Ces principes établis, nous examinerons deux dispositions particulières de la loi, contenues, l'une dans l'art. 1295, l'autre dans l'art. 1299.

Art. 1295.

Le débiteur cédé qui a accepté la cession peut-il opposer au cessionnaire la compensation qu'il pouvait opposer au cédant ?

Art. 1295. — «Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.» Précisons les faits sur lesquels la loi statue. Une compensation a eu lieu, qui a libéré deux débiteurs l'un envers l'autre. Néanmoins, et *quoiqu'ils sachent*, je le suppose, *que leurs dettes et leurs créances n'existent plus*, l'un d'eux vend sa créance comme si elle existait encore; l'autre donne son consentement à cette cession : que décide la loi?

Que le cédé *ne pourra point opposer au cessionnaire la compensation* qu'il eût pu, avant son acceptation, opposer au cédant. Qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'entre le cédant, le cédé et le cessionnaire, les choses se passeront comme si la compensation n'avait jamais eu lieu, et qu'ainsi les deux créances qu'elle avait éteintes seront réputées subsistantes, l'une en la personne du cessionnaire contre le cédé, l'autre en la personne de ce dernier contre le cédant?

Pourquoi ne le peut-il pas?

Tout cela s'explique par la *renonciation* au bénéfice de la compensation : ce que les parties ont fait la sous-entend. Consultons Pothier à ce sujet. « Si, nous dit-il, le cédé, quoique instruit de sa libération, accepte la cession, son acceptation implique *une renonciation* à la *compensation* qui le libère. Il ne pourra point, par conséquent, l'opposer au cessionnaire ; mais alors il sera recevable à exercer *son ancienne créance* contre le cédant » (*Oblig.*, n° 632).

Analysée, cette solution de Pothier met en lumière trois points essentiels : 1° le cédé qui accepte la cession, et le cédant qui la fait, *renoncent tacitement* à la compensation opérée pour et contre chacun d'eux; — 2° le cessionnaire acquiert contre le cédé *l'ancienne créance du cédant*, créance que la compensation avait éteinte, mais que la révocation rétroactive de la compensation fait revivre à son profit ; — 3° grâce à cette même révocation, le cédé *conserve son ancienne créance* contre le cédant.

Telle est la tradition. M. Bigot-Préameneu, dans son *exposé des motifs*, et M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, y sont restés fidèles. «Si, disent-ils, le transport a été accepté purement et sim-

(1) Voy., dans la *Rev. prat.*, t. XVIII, p. 191 et s., ce que j'ai écrit sur ce sujet.

plement, le cédé est censé avoir *renoncé* en faveur du cessionnaire à la compensation qu'il aurait pu, avant son acceptation, opposer au cédant » (Fenet, t. XIII, p. 284 et 365).

Quelle action, dans l'espèce, le cessionnaire a-t-il contre le cédé ?
Quelle action le cédé a-t-il contre le cédant ?
Quid, quant aux tiers ?

Ainsi, dans l'espèce, le cessionnaire exercera l'*ancienne créance* du cédant contre le cédé (1), et le cédé exercera son *ancienne créance* contre le cédant. — Toutefois, il est bien entendu que ces créances et les accessoires qui y étaient attachés ne sont point opposables aux *tiers* qui, avant l'acceptation de la cession, avaient un droit acquis aux effets de la compensation (voy. le n° 1453 *bis*, 4°).

Quid, si le cédé qui a accepté la cession *ignorait* la compensation qui avait éteint sa dette ?

1453 *quater*. — Je change d'espèce. Le cédé, je le suppose, *ignorait*, au moment où il a accepté la cession, la compensation qui a éteint sa dette : qu'allons-nous décider ? Les auteurs enseignent que, *même en ce cas*, le cédé doit être considéré comme ayant renoncé, dans l'intérêt du cessionnaire, à la compensation qu'il pouvait opposer au cédant. Qu'il l'ait *connue* ou qu'il l'ait *ignorée*, il n'importe, disent-ils ; notre article ne distingue point. Et ce qui prouve bien que sa disposition est *absolue*, c'est qu'en la proposant, le Tribunat prit soin de déclarer que, par le fait même de son acceptation, le cédé est censé renoncer *a toute espèce de compensation* de ce que le cédant pouvait déjà lui devoir, comme de ce qu'il lui devra par la suite (Fenet, t. XIII, p. 163) (2).

Je suivrai l'opinion contraire. A ne consulter que les termes de notre article, il est *absolu*, j'en fais l'aveu ; mais, si on veut bien se rappeler le motif par lequel ses auteurs l'expliquent, on sera forcé de reconnaître qu'il n'a trait qu'au cas où le cédé *connaissait*, au moment où il a accepté, l'existence de la compensation qui avait lieu à son profit. On sait, en effet, que, s'il ne peut l'opposer au cessionnaire, c'est qu'il est *réputé y avoir renoncé* (voy. le n° 1453 *ter*) ; or, par sa nature, cette présomption suppose que, dans la pensée du législateur qui l'établit, le cédé auquel on l'applique *n'ignorait point sa libération*.

Comment faut-il entendre la règle que le débiteur qui a accepté la cession purement et simplement est censé renoncer *à toute espèce de compensation* ?
Quelle différence y a-t-il entre le cédé qui a accepté la cession et celui auquel elle a été signifiée ?

Quant à l'observation du Tribunat, comprenons-la bien et nous resterons convaincus qu'elle n'a point le sens qu'on y attache.

Deux hypothèses sont prévues.

La cession a-t-elle été *signifiée* au cédé : elle n'empêchera que la compensation des créances qu'il pourra *dans l'avenir* avoir contre le cédant.

(1) Suivant Marcadé, la créance qu'obtient le cessionnaire contre le cédé est une créance *nouvelle*. Il n'a pas pu, en effet, acquérir *l'ancienne créance* du cédant : cette ancienne créance, la compensation l'a éteinte, et *obligatio semel extincta non reviviscit*. — Le même auteur fait remarquer qu'au cas où l'un des débiteurs accepte, sans aucune réserve, la cession que son ex-créancier a faite de sa créance éteinte, la loi le considère comme ayant *renoncé* par là *au bénéfice de la compensation* et permet dès lors au cessionnaire d'agir contre lui, *comme si la compensation n'avait pas eu lieu*. — Ces solutions sont tout à fait inconciliables.

(2) MM. Dur., t. XII, n° 436 ; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 167; Marc., art. 1295.

L'a-t-il *acceptée* : elle empêche «*toute espèce de compensation...*» Qu'est-ce à dire? L'auteur de la déclaration nous l'apprend, quand il ajoute : « de ce que le cédant pouvait *déjà* devoir au cédé, *comme de ce qu'il lui devra par la suite.* »

On le voit, toute sa pensée se porte et se concentre sur cette antithèse : Si la cession a été signifiée au cédé, qui ne l'a pas acceptée, elle n'empêche la compensation *que pour l'avenir*. Si elle a été *acceptée*, elle empêche la compensation, non-seulement pour l'avenir, mais même *dans le passé*.

Quant à notre question, rien n'indique qu'il y ait songé. Elle demeure, par conséquent, entière. A ce titre, elle appartient au droit commun. Or, c'est une règle élémentaire et essentielle de notre droit qu'on peut répéter ce qu'on a donné, quand on l'a donné par erreur. Dans l'espèce, l'acceptation du cédé est entachée d'erreur : donc il peut la répéter, ou, en d'autres termes, la faire annuler.

Mais, bien entendu, il ne le peut que sous le tempérament et sous la condition dont j'ai déjà parlé (nos 1453, *in fine*, 1453 *bis*, 4o, et 1453 *ter*, *in fine*). L'erreur du cédé ne peut et ne doit ni profiter ni nuire au cessionnaire. Tel est le droit (1).

1453 *quinquies*. — Art. 1299 : « Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la *créance* dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice *des tiers*, des priviléges ou hypothèques (ajoutez : ou cautionnements) qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une *juste* cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. » Un débat bien connu se rattache à cette disposition. Précisons-le. Lorsqu'une compensation a libéré deux débiteurs l'un envers l'autre, celui d'entre eux qui a payé, comme si elle existait encore, la dette dont il était tenu avant que la compensation l'eût éteinte, peut-il exercer *son ancienne créance*, ou n'a-t-il pour agir qu'une *condictio indebiti?* Telle est la question que la loi devait résoudre. Comment l'a-t-elle résolue? voilà ce que nous devons rechercher.

Art. 1299.

Lorsqu'une compensation a libéré deux débiteurs l'un envers l'autre, celui d'entre eux qui a payé, comme si elle existait encore, la dette dont il était tenu avant que la compensation l'ait éteinte, peut-il *exercer son ancienne créance*, ou n'a-t-il pour agir qu'une *condictio indebiti* ?

Peut-il exercer son ancienne créance même au préjudice des tiers ?

Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

Une donnée bien simple s'offre tout d'abord à notre esprit. La dette qui a été payée n'existait pas, puisque la compensation l'avait éteinte. Aucun fait nouveau ne peut faire revivre une dette qui a cessé d'exister : donc, dans l'espèce, celui qui a livré ses fonds les a payés *sans cause* ou *indûment*. Donc il peut les répéter par la *condictio indebiti*.

Quant à *son ancienne créance*, il ne saurait en être question : la compensation l'a, en effet, définitivement éteinte. Donc une action unique existe à son profit, l'action née du paiement de l'indu.

A la vérité, quand il a eu *une juste cause* d'ignorer la compen-

(1) J'ai développé cette thèse dans la *Revue pratique*, t. XVIII, p. 500 et suiv.

sation, la loi lui permet de se prévaloir, même au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques attachés à son ancienne créance; mais ces accessoires, réputés subsistants *æquitate juris*, ne se soutiennent qu'avec et par la *condictio indebiti* dont il est investi. C'est à tort et par inadvertance que la loi le suppose, en ce cas, maintenu dans la plénitude de *sa créance originaire*.

1453 *sexto*.—Telle est la doctrine la plus généralement admise. Je ne la suivrai point. A mes yeux, elle a un défaut essentiel : le texte de la loi y est positivement contraire.

Deux cas sont prévus dans le texte, semblables quant au fait principal qui les constitue, mais séparés par une modalité particulière à laquelle la loi rattache les deux règles qu'elle oppose l'une à l'autre. La loi suppose, en effet, dans la première et dans la seconde de ses dispositions, que le débiteur qui a payé ne l'a fait que sous la pression d'*une erreur*. La différence entre les deux cas ne consiste qu'en ce point : Dans le premier cas, il aurait pu, s'il eût été quelque peu attentif à ses affaires, aisément découvrir la compensation qui l'avait libéré : s'il ne l'a pas connue, c'est qu'il a manqué de prudence. Dans le second cas, il est irréprochable : il a ignoré, et il avait *une juste cause* d'ignorer, sa libération : son erreur a été, en quelque sorte, invincible.

La loi tient compte de cette différence. Dans le premier cas, elle veut bien que celui des débiteurs qui a payé recouvre *son ancienne créance contre son ancien débiteur ;* mais elle ne lui permet point de s'en prévaloir à l'effet d'exercer *à l'encontre des tiers* les hypothèques et cautionnements dont la compensation les avait libérés. Dans le second cas, la loi le relève de tous les effets de la compensation, et lui restitue, *même au préjudice des tiers, son ancienne créance,* à laquelle elle rattache, comme s'ils n'avaient jamais été éteints, les priviléges, hypothèques et cautionnements, dont à son origine elle était nantie (1).

Quid, si le paiement a eu lieu en parfaite connaissance de cause de la compensation?

1453 *septimo*. — Une troisième hypothèse est possible. Il se peut que le paiement dont nous traitons ait été fait et reçu *en parfaite connaissance de la compensation* : que décider alors? La loi n'a sur ce chef aucune disposition ; mais il est facile de suppléer à son silence. Nous avons admis que les parties peuvent, par un accord exprès ou même tacite, renoncer à la compensation qui a lieu à leur profit. Or, si, quoique la connaissant, elles consentent, l'une à faire, l'autre à recevoir, le paiement de l'une des deux dettes éteintes, n'est-il pas vrai que l'acte auquel elles donnent l'une et l'autre leur consentement implique du chef de chacune d'elles la

(1) La sagesse de cette disposition m'échappe. Comment un débiteur libéré de la dette peut-il, par son fait, ressusciter, même au préjudice des tiers qui avaient profité de leur extinction, les hypothèques et cautionnements que la compensation avait éteints ? Qu'on le relève des conséquences de son erreur, je le conçois ; mais se fonder sur elle pour enlever à des tiers un bénéfice dont elle n'a pas été la cause, c'est, ce me semble, manquer tout à la fois de logique et de justice.

volonté de considérer comme non avenue leur réciproque libération ? Ce que nous avons dit sous le n° 1453 *bis* devra, par conséquent, recevoir ici son application (1).

Art. 1294.

La caution peut-elle invoquer la compensation qui s'est opérée du chef du débiteur principal ?

1454. — VI. *Entre quelles personnes a lieu la compensation ; par qui et contre qui elle peut être invoquée.*

1° La caution peut invoquer la compensation qui s'est opérée du chef du débiteur principal. Et, en effet, dès que le débiteur principal devient créancier de son créancier, la dette s'éteint de plein droit, et avec elle le cautionnement.

La réciproque est-elle vraie ? Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

1455. — 2° Le débiteur principal peut-il invoquer, en compensation de sa dette, la créance que sa caution a pu acquérir contre son créancier ? A ne consulter que la doctrine rigoureuse de la compensation, l'affirmative ne serait pas douteuse : car la compensation a les effets du paiement, et le paiement que fait une caution libère le débiteur principal. Cependant la loi fait ici une distinction.

Si le créancier s'adresse directement au débiteur principal, celui-ci ne peut pas refuser de payer, sous prétexte que, sa caution étant devenue créancière du créancier, la créance de ce dernier se trouve éteinte par compensation : en agissant ainsi, le débiteur ferait porter sur sa caution le fardeau de l'avance, ce qui serait injuste, puisque ce n'est pas elle qui est poursuivie. Mais, si le créancier s'est adressé directement à la caution, et que celle-ci lui ait opposé, en compensation, la créance qu'elle a sur lui, il est évident alors que le débiteur principal profite de cette compensation et qu'il peut l'invoquer : son créancier, en effet, a cessé de l'être, puisqu'il a retenu, en paiement de ce qui lui était dû, ce qu'il devait lui-même à la caution.

Si l'un des débiteurs solidaires acquiert une créance contre le créancier, les autres débiteurs peuvent-ils l'invoquer en compensation ?

1456. — 3° Si l'un des débiteurs solidaires acquiert une créance contre le créancier, les autres débiteurs peuvent-ils l'invoquer en compensation ? Oui, sans aucun doute, si elle a déjà été opposée par le débiteur du chef duquel elle s'est opérée au créancier qui l'a poursuivi. Non, si le créancier, au lieu de poursuivre le débiteur devenu son créancier, s'adresse directement à eux (voy., pour plus de détails, le n° 1265). Mais, s'ils ne peuvent pas l'invoquer pour le tout, ne le peuvent-ils pas au moins jusqu'à concurrence de la part que doit supporter dans la dette le débiteur qui est devenu le créancier du créancier ? Voy., sous le n° 1266, la solution de la question.

Art. 1295.

Une cession a eu lieu : le cédé peut-il opposer au cessionnaire la compensation qu'il pourrait, à supposer l'inexistence de la cession, opposer au cédant ?

1457. — 4° Une cession a eu lieu : le cédé peut-il opposer au cessionnaire les compensations qu'il pourrait opposer au cédant, à supposer l'inexistence de la cession ?

Disons d'abord par quels principes la cession se gouverne.

Tant qu'elle n'est pas *signifiée* au débiteur cédé ou qu'elle n'est point *acceptée* par lui dans un acte authentique, elle est, en ce qui

(1) Pour plus de développements, voy., *Revue pratique*, t. XVIII, p. 190 et suiv., la dissertation que j'ai publiée sur la compensation.

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

le concerne, à considérer comme inexistante. Partant, son créancier c'est, non pas le cessionnaire, mais le cédant.

Une fois *signifiée* au cédé ou par lui *acceptée*, elle est parfaite, même à son égard. Partant, il aura désormais pour créancier, non plus le cédant, mais le cessionnaire (voy. l'expl. de l'art. 1690).

Cela bien compris, si nous supposons la cession *signifiée*, deux cas sont à considérer :

Le cédé acquiert-il, *postérieurement* à la signification qui lui a été faite, des créances contre le cédant : il ne les peut point opposer en compensation au cessionnaire. La compensation n'est, en effet, possible qu'entre ceux qui sont respectivement créanciers l'un de l'autre; et, dans l'espèce, le cédé n'a point de créance contre le cessionnaire.

Le cédé avait-il, au moment où la cession lui a été signifiée, des créances *déjà nées* contre le cédant, nées soit avant la cession, soit même depuis, mais avant la signification : il peut les invoquer en compensation contre le cessionnaire, ou, pour parler plus exactement, la cession est nulle. Et, en effet, qu'a cédé le cédant? une créance déjà compensée et, par conséquent, une créance éteinte ou inexistante.

Quand la cession a été *acceptée* par le cédé, il est clair que, de même que dans la précédente hypothèse et par le même motif, il ne pourra point compenser la dette dont il est actuellement tenu envers le cessionnaire par les créances qu'il pourra dans l'avenir acquérir contre le cédant. Mais il y a plus : il ne pourra point la compenser même avec les créances qu'il avait déjà contre le cédant au moment où il a accepté la cession. Elles avaient, il est vrai, de plein droit compensé, et partant éteint, la créance que le cédant avait contre lui ; mais, son acceptation impliquant une renonciation au bénéfice de la compensation qui l'avait libéré, les choses doivent se passer au regard et dans l'intérêt du cessionnaire comme si la compensation n'avait jamais eu lieu (voy. les nos 1453 *ter* et 1453 *quater*).

Ainsi, la signification de la cession au débiteur cédé et l'acceptation qu'il en a faite par acte authentique ont cet effet commun de constituer sa dette incompensable par les créances qu'il pourra acquérir *dans l'avenir* contre le cédant. Elles ne diffèrent que par rapport aux créances dont il était déjà nanti contre le cédant, au moment où la cession a été rendue parfaite : lui a-t-elle été simplement *signifiée*, il les peut opposer en compensation au cessionnaire; l'a-t-il *acceptée*, il ne le peut pas.

Art. 1298.

La compensation peut-elle avoir lieu au préjudice des tiers?

1458.—5° « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. Ainsi, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut plus, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. » Voici l'espèce : je vous dois 500 fr. ; Paul, votre créancier, que vous ne payez point, saisit entre mes mains les 500 fr. que je vous dois. Deux cas se présentent alors :

Si vous étiez déjà mon débiteur quand votre créancier a pratiqué sa saisie, il est évident que je puis lui opposer la compensation que j'aurais pu vous opposer à vous-même : car la saisie qu'il a faite n'a pas pu m'enlever le bénéfice que je tiens de la loi. Sa saisie est venue trop tard : elle est nulle et sans effet, parce qu'elle porte sur une valeur dont je n'étais pas débiteur au moment de la saisie.

Mais, *si vous n'êtes devenu mon débiteur qu'après la saisie*, alors je ne puis pas opposer au saisissant la compensation que je pourrais vous opposer à vous-même. De même que je ne puis pas faire, au préjudice du saisissant, un paiement effectif de la somme saisie (voy. le n° 1333), de même je ne puis pas la retenir en compensation, c'est-à-dire en paiement de celle qui m'est due.

Qu'est-ce que la compensation *facultative* ?

1459. — VII.—*De la compensation facultative et des demandes reconventionnelles*. Tout ce que nous avons dit dans les numéros qui précèdent se rapporte à la compensation *légale*, c'est-à-dire à celle qui a lieu de plein droit, par la seule autorité de la loi, même à l'insu des parties ; qui, en un mot, n'a pas besoin, pour produire son effet, d'être invoquée par l'un des débiteurs et d'être prononcée par le juge.

La compensation *facultative*, dont nous avons à dire quelques mots, est celle qui a besoin, pour produire son effet, d'être opposée par l'une des parties et d'être prononcée par le juge.

Par qui peut-elle être opposée ?

Elle ne peut être opposée que par celle des parties que la loi a voulu protéger en refusant à l'autre le bénéfice de la compensation légale. Exemple. Après avoir fait chez vous un dépôt irrégulier de la somme de 500 fr., je deviens l'héritier d'une personne qui vous a emprunté pareille somme : vous ne pouvez pas, vous, m'opposer la compensation, car votre dette est née d'un *dépôt*, et les dettes de cette nature ne sont point compensables de plein droit (art. 1293 ; voy. le n° 1447) ; mais je puis, si je le veux, renoncer au bénéfice de l'exception qui me protége, et vous opposer, en compensation de la somme que je vous dois, celle que j'ai déposée chez vous.

Qu'est-ce qu'une *demande reconventionnelle* ?

1460.—La *demande reconventionnelle* est une demande incidente formée par un défendeur qui demande à faire reconnaître ou liquider une créance qu'il prétend avoir contre le demandeur, afin de l'opposer en compensation après qu'elle aura été reconnue ou liquidée. Exemple. Vous me poursuivez en paiement d'une somme de 500 fr. que je vous dois ; vous me devez, de votre côté, je le suppose, des dommages et intérêts, soit parce que vous avez commis un délit ou un quasi-délit qui m'a causé un préjudice, soit parce que vous n'avez pas exécuté une obligation dont vous étiez tenu envers moi : je ne puis pas, il est vrai, vous opposer la compensation légale, car la dette de dommages et intérêts dont vous êtes tenu envers moi n'est pas *liquide*, et les dettes de cette nature ne sont point susceptibles de la compensation légale (art. 1291) ; mais, ma créance étant susceptible d'une liquidation prompte et

facile, le juge peut, sur ma demande, m'accorder un délai pour la faire liquider, et, par suite, la rendre susceptible de compensation (voy. le n° 1442, note),

33e *Répétition.*

SECTION V. — DE LA CONFUSION.

Art. 1300.

Qu'est-ce que la *confusion*?

1461. — I. *Définition.* — La confusion est la réunion, dans la même personne, de deux qualités qui, étant incompatibles entre elles, se détruisent réciproquement (art. 617, 705).

Appliquée aux obligations, la confusion est la réunion, sur la même tête, des qualités de créancier et de débiteur de la même chose. Ces deux qualités de créancier et de débiteur étant incompatibles dans la même personne (on ne saurait être, en effet, débiteur ou créancier de soi-même), se détruisent réciproquement : la dette et la créance sont éteintes.

Notre article porte que « les deux créances sont éteintes. » C'est une erreur qu'il faut rectifier : la *compensation* éteint deux créances, puisqu'elle éteint deux dettes (art. 1289); la *confusion* n'éteint qu'une créance, puisqu'elle n'éteint qu'une dette.

Dans quel cas a-t-elle lieu?

1462. — II. *Dans quels cas s'opère la confusion.* — La confusion a lieu, lorsque : 1° par une cause quelconque, c'est-à-dire par l'effet soit d'une succession légitime, soit d'une succession testamentaire, soit d'une donation universelle ou à titre universel (article 1082), le débiteur succède à son créancier; 2° lorsque le créancier succède à son débiteur; 3° lorsque la même personne succède au débiteur et au créancier.

1463. — Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion : car c'est un de ses effets que l'héritier et la succession soient regardés comme deux personnes différentes, et que leurs droits respectifs ne se confondent pas (voy. les nos 274, 289 et 292).

Quelle différence y a-t-il entre elle et les autres modes d'extinction des obligations?

1464. — III. *De la nature et des effets de la confusion.* — La confusion ne doit pas être assimilée aux autres modes d'extinction des obligations. Elle constitue moins une *extinction de l'obligation* qu'une impossibilité matérielle d'exécution. C'est ce que la loi romaine et Pothier entendaient exprimer, lorsqu'ils disaient : *Potiùs eximit personam ab obligatione quàm extinguit obligationem.* L'obligation est éteinte, le débiteur en est affranchi, en ce sens que, le créancier étant en même temps le débiteur, l'exécution, en fait, est impossible.

En quel sens éteint-elle la dette?

De là cette règle : ***La confusion éteint tous les droits dont l'exécution est impossible; mais elle n'éteint que ceux-là.***

La dette peut donc, malgré la confusion, exister sous certains rapports?

Quid, si le créancier qui laisse un héritier réservataire a légué tous ses biens à son débiteur?

Ainsi, 1° la dette subsiste malgré la confusion lorsqu'un tiers a un intérêt légitime et appréciable à ce qu'elle existe. Elle existe alors au point de vue et dans la limite de cet intérêt : la confusion n'est, en effet, qu'un simple fait qui ne doit préjudicier à personne. Mon père, auquel vous deviez telle somme, vous a légué l'universalité de ses biens : la dette dont vous étiez tenu envers lui est éteinte, en ce sens qu'elle ne peut pas, en fait, être exécutée con-

tre vous ; mais elle subsiste à mon égard, en ce sens que la créance qu'avait contre vous mon père comptera dans sa succession pour le calcul de la réserve qui m'appartient (voy. le n° 631).

2° Lorsque plusieurs personnes sont tenues d'une même dette et que l'une d'elles succède au créancier, ou que le créancier succède à l'une d'elles, l'un des débiteurs ou son héritier se trouve retiré de l'obligation, qui continue d'exister à l'égard des autres débiteurs ; — à moins pourtant que le débiteur (ou son héritier) affranchi de l'obligation ne soit envers eux obligé, en qualité de garant, de leur rendre ce qu'ils seraient obligés de payer : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Quid, lorsque plusieurs personnes sont tenues d'une même dette, et que l'une d'elles succède au créancier ou réciproquement?

1465. — Telle est la théorie générale de la confusion ; nous pouvons maintenant en étudier les détails.

Art. 1301.

Lorsque le débiteur principal succède au créancier, ou réciproquement, les cautions sont-elles libérées?

Pourquoi le sont-elles?

1° *Le débiteur a succédé à son créancier* (ou le créancier à son débiteur). — Les cautions sont libérées. Mais leur libération n'est pas un effet direct de la confusion. Si le débiteur, devenu créancier, ne peut pas les poursuivre, c'est qu'il leur doit garantie, et qu'en sa qualité de garant il serait obligé de leur rendre ce qu'il obtiendrait d'elles. Leur libération est donc un effet de la règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Quid, si c'est la caution qui a succédé au créancier, ou réciproquement?

La dette subsiste-t-elle dans ce cas à l'égard du débiteur principal et à l'égard des autres cautions?

2° *La caution a succédé au créancier* (ou le créancier à la caution). — La caution est affranchie de l'obligation, car elle ne peut pas en exiger d'elle-même l'exécution. Mais rien ne s'oppose à l'exécution de la dette par le débiteur principal : partant, elle continue d'exister quant à lui.

Elle continue même d'exister quant aux autres cautions : rien, en effet, ne s'oppose à ce que l'obligation soit utilement exécutée par elles. Toutefois elles ne peuvent être poursuivies que déduction faite de la part de dette que devait supporter celle d'entre elles dans la personne ou du chef de laquelle la confusion s'est opérée : car, si elles étaient obligées de payer toute la dette, elles auraient alors, jusqu'à concurrence de cette part, un recours contre le créancier qui les aurait obligées de payer ; or, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (1).

Quid, si l'un des débiteurs solidaires succède au créancier, ou réciproquement?

3° *L'un des débiteurs solidaires succède au créancier* (ou le créancier à l'un des débiteurs). — Le débiteur, devenu le créancier, est affranchi de l'obligation : car il ne peut pas être créancier de lui-même. L'obligation subsiste à l'égard de ses codébiteurs; mais il ne peut les poursuivre que déduction faite de la part qu'il devait supporter dans la dette, et pour laquelle ils auraient recours contre lui s'ils étaient obligés de la payer : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (voy. l'expl. de l'art. 1209).

Quelle différence y a-t-il entre la *révocation* et la *cessation* de la confusion?

1466. — IV. *De la révocation et de la cessation de la confusion.* — La *révocation* et la *cessation* de la confusion sont deux choses différentes.

(1) *Quid*, si la caution succède au débiteur, ou le débiteur à la caution? Voy., sur ce point, t. III, n° 1164.

La confusion est *révoquée* lorsque la cause qui l'a produite est anéantie, non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé, par suite d'un vice qui était en elle. Ainsi, lorsque le débiteur qui a succédé au créancier fait rescinder, pour cause de dol ou de violence (art. 783), l'acceptation qu'il a faite de la succession, la confusion est révoquée, c'est-à-dire considérée comme si elle n'avait jamais existé : les choses sont donc remises au même état qu'auparavant : la dette, avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques et cautionnements, est réputée n'avoir jamais été éteinte.

La confusion *cesse* lorsque, *par suite d'un fait nouveau*, la cause qui l'avait produite se trouve anéantie. Ainsi, lorsque le débiteur qui a succédé à son créancier vend à un tiers la succession, la confusion *cesse ;* l'obligation, que la confusion avait paralysée plutôt qu'elle ne l'avait éteinte (voy. le n° 1464), rentre dans sa condition ordinaire. Mais remarquons qu'elle n'existe alors qu'à l'égard du codébiteur seulement : les hypothèques qui nuisaient aux tiers, les cautionnements, ne sont point rétablis dans leur état primitif. La convention par laquelle le débiteur a fait cesser la confusion est, à l'égard des tiers, sans aucun effet, conformément au principe que les conventions ne sont opposables qu'à ceux qui les ont faites ou à leurs ayant-cause (art. 1165).

La confusion s'évanouit donc tantôt *ex antiquâ causâ* et tantôt *ex causâ novâ.*

Ainsi, lorsque la confusion s'évanouit *ex antiquâ causâ*, c'est-à-dire lorsqu'elle est *révoquée*, les choses sont remises au même état qu'auparavant ; les effets de la confusion sont anéantis même à l'égard des tiers. Lorsqu'elle cesse *ex causâ novâ,* ses effets, quant aux tiers, continuent d'exister.

SECTION VI. — DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

Art. 1302.

Quel est le sens du mot *perte* employé dans la rubrique de cette section ?

1467. — I. OBSERVATION. — Les mots : *perte* de la chose due, sont ici pris dans leur sens le plus général. Ils comprennent :

1° Le cas où la chose a été matériellement détruite ;

2° Le cas où elle est « mise hors du commerce. » Ainsi, lorsque l'État s'empare, pour cause d'utilité publique, par exemple, pour en faire une grande route, du terrain que je vous dois, la chose due est réputée périe ;

3° Le cas où elle est « perdue de manière qu'on en ignore absolument l'existence. » Ainsi, lorsqu'un voleur vous enlève la montre que vous m'avez vendue et l'emporte on ne sait où, la chose due est réputée périe. Il en est de même lorsque, étant tombée à la mer, il est impossible de la retrouver.

Qu'arrive-t-il lorsque la chose due vient à périr ?

Quelles distinctions faut-il faire pour répondre à cette question ?

1468. — II. *Des effets de la perte de la chose due.* — Il faut, à cet égard, distinguer : 1° si la chose due a péri par cas fortuit ou de force majeure *avant* que le débiteur ait été mis en demeure de la livrer ; — 2° si elle a péri par cas fortuit ou de force majeure *pendant* la demeure du débiteur ; — 3° si elle a péri par son fait ou par sa faute.

1469. — 1° *Elle a péri par cas fortuit ou de force majeure* AVANT *la mise en demeure du débiteur.* — L'obligation est éteinte; et il en est ainsi lors même qu'il est établi qu'elle n'eût point péri si elle se fût trouvée en la possession du créancier.

Lorsque la chose a péri par cas fortuit, faut-il distinguer si le cas fortuit est arrivé *avant* ou *depuis* la *demeure* du débiteur?

1470. — 2° *Elle a péri par cas fortuit ou de force majeure* PENDANT *la demeure du débiteur.* — Ici une distinction est nécessaire. La *demeure* ou le *retard* de livrer la chose due est une *faute*, et toute faute qui cause un dommage *oblige* son auteur à le réparer; la faute qui ne cause aucun dommage ne fait naître aucune obligation. Cela posé, de deux choses l'une :

Le débiteur en demeure répond-il de tous les cas fortuits?

La chose due a-t-elle péri *parce qu'elle était en la possession du débiteur*, est-il établi que le cas fortuit qui l'a détruite n'aurait pas eu lieu si elle se fût trouvée chez le créancier : le retard que le débiteur a mis à la livrer est une *faute dommageable* : il est tenu de la réparer, en payant une somme d'argent représentative de la chose que le créancier devrait avoir en nature.

Est-il, au contraire, établi qu'elle eût péri *alors même qu'elle se fût trouvée en la possession du créancier*, c'est-à-dire que, même en se plaçant dans cette hypothèse, le cas fortuit ou de force majeure qui l'a détruite serait également arrivé : l'obligation est éteinte, et le débiteur n'a aucune indemnité à payer : car, s'il est en faute, la faute qu'il a commise n'est point *dommageable*.

Ainsi, le débiteur en demeure de livrer répond, non pas de tous les cas fortuits ou de force majeure, mais seulement de ceux qui ne sont arrivés que parce qu'il est resté possesseur de la chose due : ceux qui seraient également arrivés si la chose due se fût trouvée chez le créancier ne le regardent point.

— Quant au débiteur qui n'est point en demeure, il ne répond que de son fait ou de sa faute.

1471. — 3° *La chose a péri par le fait ou la faute du débiteur, soit avant, soit pendant sa demeure.* — L'obligation est éteinte; mais une autre obligation lui succède, l'obligation d'indemniser le créancier de la perte de sa créance. L'ancienne obligation se trouve ainsi transformée en une obligation de payer des dommages et intérêts. C'est ce qu'entendent exprimer les auteurs, lorsqu'ils disent que le fait ou la faute du débiteur *perpétue* son obligation, tandis que les cas fortuits ou de force majeure l'éteignent absolument.

Quid, lorsque la chose due a péri par la faute du débiteur avant ou depuis sa demeure?

1472. — Lorsqu'une chose *indivisible* périt par la faute de l'un des débiteurs, l'obligation n'est *perpétuée* qu'à l'égard du débiteur coupable; ses codébiteurs sont complétement libérés (voy. le n° 1300-3°).

Quid, si une chose indivisible périt par la faute de l'un des débiteurs?

1473. — Lorsqu'une chose due par plusieurs débiteurs solidaires périt par la faute de l'un d'eux, l'obligation est perpétuée à l'égard de tous. Le débiteur coupable doit la valeur de la chose périe, et, en outre, d'autres dommages et intérêts s'il y a lieu; ses codébiteurs ne doivent que la valeur de la chose périe, mais ils la doivent solidairement (voy. les n^os^ 1252 et s.).

Quid, si la chose due par plusieurs débiteurs solidaires périt par la faute de l'un d'eux?

Si la chose due périt par la faute du débiteur principal, la caution est-elle libérée?

1474. — Si la chose due périt par la faute du débiteur principal, l'obligation est perpétuée même à l'égard de la caution : car ceux qui se portent garants du débiteur d'un *corps certain* sont présumés cautionner les obligations secondaires qui dérivent de l'obligation principale dont est tenu le débiteur, et, par conséquent, l'obligation de conserver la chose jusqu'à la tradition, à peine de dommages et intérêts (art. 1136 et 2016 comb.).

Quid, si elle périt par la faute de la caution?

1475. — Si enfin la chose due a péri par la faute de la caution, le débiteur principal est complétement libéré : car, si la caution s'oblige pour le débiteur, celui-ci ne s'oblige pas pour elle.

Lorsque la chose périt par la faute du débiteur, l'hypothèque qui garantissait la dette adhère-t-elle à l'obligation de payer des dommages et intérêts qui remplace l'ancienne dette?

1476. — Ainsi, lorsque, par suite du fait ou de la faute du débiteur, l'obligation d'un *corps certain* se transforme en une obligation de dommages et intérêts, la *solidarité* et le *cautionnement*, qui servaient de garantie à la première dette, adhèrent également et de plein droit à celle qui la remplace et qui est réputée être la même. Par analogie, il faut en dire autant des autres accessoires de l'ancienne dette, par exemple de l'*hypothèque*. Le créancier d'un *corps certain* qui stipule des garanties particulières, les stipule précisément en prévision du cas où l'obligation se transformera en l'obligation de payer des dommages et intérêts au lieu et place de la chose due : car, tant que la chose existe, qu'a-t-il besoin de sûretés spéciales?

Est-il permis au débiteur de se charger des cas fortuits? Quel est l'effet de cette clause?

1477. — III. *Du débiteur qui s'est chargé des cas fortuits.* — Qu'il soit ou non en demeure, il répond *indistinctement* de tous les cas fortuits : ainsi, il doit le prix de la chose périe, lors même qu'il est démontré qu'elle eût également péri chez le créancier si elle eût été en sa possession (1).

Le voleur qui est tenu de restituer la chose volée répond-il, sans distinction, des cas fortuits?

1478. — IV. *Du voleur.* — Il n'est pas nécessaire de mettre le voleur en demeure de restituer la chose qu'il détient : il est en demeure par le fait même du vol. Il répond donc des cas fortuits. Mais en répond-il *indistinctement?* est-il obligé de payer le prix de la chose périe, *lors même qu'il est établi qu'elle eût également péri chez le propriétaire si elle eût été en sa possession?* C'était l'avis de Pothier. « On n'entre point, disait-il, dans la discussion de savoir si la chose serait périe également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées; les voleurs sont *indistinctement* tenus. »

Le Code a, ce me semble, reproduit la pensée de Pothier. Que dit-il, en effet? que le voleur doit le prix de la chose, *de quelque*

(1) La clause par laquelle un débiteur se charge des cas fortuits ne constitue point une *libéralité*, lorsque le débiteur reçoit un équivalent de l'autre partie. Ainsi, par exemple, lorsque l'ouvrier auquel je confie une chose pour la travailler se charge des cas fortuits, on doit supposer qu'il reçoit de son travail un prix plus élevé que celui qu'il eût obtenu s'il n'avait point pris cette responsabilité à son compte. Mais, si le débiteur ne reçoit aucun équivalent, si, par exemple, un dépositaire se charge des cas fortuits, cette clause contient une véritable libéralité conditionnelle, soumise, quant au fond et quant aux formes, aux règles ordinaires des donations.

manière qu'elle ait péri. Ces mots : *de quelque manière qu'elle ait péri*, sont la traduction de l'adverbe *indistinctement* dont se servait Pothier. Il suffit, pour en rester convaincu, de lire attentivement les différentes dispositions qui forment le texte de notre article. Voici la première : « Le débiteur qui est en demeure répond des cas fortuits qui ne sont arrivés que parce que la chose s'est trouvée chez lui; il ne répond point de ceux qui auraient également eu lieu si la chose se fût trouvée chez le créancier... » La seconde, qui fait antithèse à la première, porte : « *De quelque manière que la chose volée ait péri,* le voleur en doit le prix... » N'apparaît-il point, et très-clairement, que la loi rejette, quant au voleur, la distinction qu'elle établit en faveur des débiteurs ordinaires? n'est-il pas vrai que ces mots « *de quelque manière* que la chose volée ait péri » embrassent toutes les hypothèses possibles? Il est même évident que la loi s'en est servie pour comprendre précisément le cas où la chose volée eût également péri chez le propriétaire si elle se fût trouvée en sa possession : car il eût été bien inutile de faire une disposition expresse pour nous apprendre que le voleur est responsable des cas fortuits qui ne sont arrivés que parce que la chose s'est trouvée chez lui.

Ainsi, le voleur répond *indistinctement* des cas fortuits. La loi n'a pas voulu, sans doute, forcer le propriétaire à discuter avec son voleur la question de savoir si la chose eût ou non également péri chez lui. Il est vrai que le propriétaire s'enrichira aux dépens du voleur, dans le cas où il sera établi qu'elle eût également péri si elle se fût trouvée chez lui; mais il ne faut voir dans cet avantage qu'une compensation aux chances de perte auxquelles le voleur l'avait exposé.

Art. 1303.

Le débiteur libéré par la perte de la chose due arrivée par cas fortuit n'est-il pas tenu, envers le créancier, à certaines prestations?

1479. — V. *Des accessoires de la chose périe et des droits que sa perte a pu faire naître.* — Lorsque la chose due périt par suite d'un cas fortuit ou de force majeure dont le débiteur n'est point responsable, l'obligation dont il était tenu est éteinte. Mais, comme il ne doit rien conserver de la chose qu'il devait livrer, il est tenu de restituer :

1° *Les accessoires de la chose périe.* — Si, par exemple, le cheval harnaché que je vous ai vendu périt par cas fortuit, je dois vous livrer les harnais qui ont été conservés.

2° *Ce qui reste de la chose périe.* — Par exemple, le sol et les matériaux conservés, lorsque la chose qui a péri était une maison.

Est-il exact de dire qu'il doit lui céder les droits et actions en indemnité auxquels la perte de la chose a pu donner naissance?

3° *Les droits ou actions en indemnité qu'il peut avoir à l'occasion de la perte de la chose due.* — Je vous ai vendu ma maison; mon voisin y met le feu : le Code décide que je dois vous *céder* l'action en indemnité que *j'ai acquise* contre l'auteur de l'incendie.

Cette disposition, qui était logique en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, ne l'est plus aujourd'hui. Autrefois, la convention n'étant point par elle-même translative de la propriété, le donateur, le vendeur, le coéchangiste, restait propriétaire de la chose promise; le donataire, l'acheteur ou le coéchangiste,

auquel elle était due, n'en devenait que *créancier* (voy. les nos 8, 1124 et s.). Lors donc que la chose due périssait par la faute d'un tiers, l'action en indemnité naissait dans la personne du débiteur dépouillé de son droit de *propriété;* mais, comme il ne pouvait point conserver pour lui l'action qui remplaçait en quelque sorte la chose périe, il était tenu de la céder au créancier.

Aujourd'hui les principes ne sont plus les mêmes. La convention de donner étant par elle-même translative de la propriété de la chose due, il en résulte que le donataire, l'acheteur ou le coéchangiste d'un corps certain, en devient propriétaire en même temps que créancier, tandis que le donateur, le vendeur ou le coéchangiste, cesse d'en être propriétaire dès qu'il en devient débiteur. Dans ce système, l'action en indemnité naît, non pas dans la personne du débiteur, mais dans celle du créancier, qui l'acquiert de son propre chef, en échange du droit de propriété, dont l'a dépouillé, par sa faute, l'auteur de la perte de la chose due. Dès lors, il est bien évident que le débiteur n'a, dans ce cas, rien à céder, puisqu'il n'a rien acquis; que le créancier n'a pas besoin qu'on lui cède l'action en indemnité née de la perte de la chose due, puisqu'elle est née dans sa personne.

Après avoir consacré le principe que les conventions de donner un corps certain sont par elles-mêmes translatives de la propriété, les rédacteurs du Code, perdant de vue l'innovation qu'ils avaient introduite, ont reproduit, par inadvertance, l'une des conséquences du principe qu'ils avaient abrogé : cette conséquence ne saurait donc être maintenue. Il faut dire aujourd'hui : Lorsque la chose due périt par le fait ou la faute d'un tiers, l'action en indemnité naît *directement* dans la personne du créancier, qui l'acquiert de son propre chef au lieu et place du droit de propriété qu'il vient de perdre.

Quel est l'intérêt de cette rectification du texte de la loi?

Cette rectification est très-importante. Si, en effet, l'action en indemnité naissait dans la personne du débiteur, elle servirait de gage à tous ses créanciers, y compris celui auquel la chose périe devait être livrée. Dans notre système, ce dernier y aura seul droit (1).

Quelles obligations peuvent s'éteindre par la perte de la chose due?

1480. — VI. *Des obligations qui peuvent s'éteindre par la perte de la chose due.* — Ce mode d'extinction ne s'applique qu'aux obligations qui ont pour objet des choses susceptibles de périr. Les genres ne périssent point : les obligations qui ont pour objet une chose qui n'est déterminée que quant à son espèce ne sont donc point susceptibles de notre mode d'extinction. Et, en effet, tant qu'il existe un individu de l'espèce désignée au contrat, l'obligation peut être exécutée, car le débiteur peut se le procurer et le livrer au créancier; or, les espèces ne périssant point (2), cet individu

(1) MM. Val. ; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 366.

(2) Le contraire peut arriver cependant ; mais l'extinction totale d'une espèce est un fait si rare, que la loi a pu la négliger. Toutefois, si ce cas se

existera toujours. Le débiteur aura peut-être beaucoup de peine à se le procurer; mais, pour que l'obligation soit éteinte, il ne suffit point que l'exécution en devienne *difficile*, il faut qu'elle soit *absolument impossible* (voy. le n° 1096-1°). Je vous ai vendu, non pas tel cheval individuellement déterminé, mais *un cheval* IN GENERE : quand même tous les chevaux que j'ai dans mon écurie, et celui que je veux vous livrer, viendraient à périr par cas fortuit, mon obligation subsiste : je puis, en effet, l'exécuter en me procurant un autre cheval que je vous livrerai.

Sauf cette exception, notre mode d'extinction s'applique à toutes autres obligations. Ainsi, il s'applique :

1° Aux obligations qui ont pour objet un *corps certain;*

2° Aux obligations alternatives de corps certains, lorsque *toutes* les choses dues périssent (voy., sous les n°s 1230 et s., ce qui arrive lorsque *l'une* de ces choses vient à périr);

3° Aux obligations de choses faisant partie d'une masse ou d'un nombre déterminé dans son individualité. Je vous vends, *sans le déterminer individuellement*, l'un des tonneaux de vin qui sont dans ma cave : tant qu'il existe un tonneau dans ma cave, je reste débiteur; mais, s'ils périssent tous, je suis libéré, car mon obligation n'a plus d'objet.

Pourquoi l'obligation est-elle éteinte quand la chose due vient à périr?

Ne faut-il pas généraliser le principe et l'appliquer, par exemple, à une obligation de faire?

Dans ces différentes hypothèses, l'obligation est éteinte, *parce qu'il y a impossibilité absolue de l'exécuter*. Comment, en effet, livrer une chose qui a cessé d'exister? Le Code a traduit en un texte de loi le proverbe : *A l'impossible nul n'est tenu*. Partant de là, je dis, en généralisant l'idée de la loi : L'obligation est éteinte *toutes les fois que son exécution est devenue impossible*. C'est ainsi qu'on décide que l'obligation *de faire* cesse d'exister lorsque, par suite d'un cas fortuit, le fait qu'elle a pour objet ne peut plus être accompli. Je me suis engagé à vous faire une pièce de vers; je deviens fou : mon obligation est éteinte.

Cette rubrique de notre section : *De la perte de la chose due*, est, par conséquent, trop restreinte. Il faut la remplacer par celle-ci : *De l'extinction de l'obligation par suite de la survenance d'un événement qui rend impossible l'accomplissement* (1).

SECTION VII. — DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION.

Art. 1304.

Les contrats *nuls* et les contrats *annu-*

1481. — I. *Des contrats nuls et des contrats annulables; de la nullité des contrats et de leur annulabilité.* — Les contrats *nuls* et les contrats *annulables* ne doivent pas être confondus. Nous devons

présente, l'obligation est éteinte faute d'objet : tel est, par exemple, le cas où le genre qui fait l'objet de l'obligation a été mis hors du commerce ou frappé d'un monopole (voy. M. Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 359).

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 169. — Notre article est étranger à la question de savoir si, lorsque deux dettes sont la cause l'une de l'autre, et que l'une d'elles est éteinte par la perte de la chose due, l'obligation corrélative est également éteinte. Voyez, pour la résoudre, l'art. 1138, les art. 1719, n° 3, 1722, 1741, et enfin les art. 1795 et 1796 combinés.

lables sont-ils de la même famille?

Qu'est-ce qu'un contrat *nul*?

Dans quels cas le contrat est-il *nul*?

également distinguer la *nullité* des contrats de leur *annulabilité*.

1482. — Les contrats *nuls* sont ceux qui ont manqué de se former, qui n'existent qu'*en apparence*.

Nullité est le mot dont on se sert pour exprimer *l'inexistence* d'un contrat qui a paru se former, mais qui, en réalité, n'existe point.

Les contrats sont *nuls* :

1° *Lorsque l'un des éléments essentiels à leur perfection manque* ABSOLUMENT. — Ainsi, le défaut absolu de *consentement*, l'absence d'un *objet* ou d'une *cause*, produisent la *nullité* du contrat.

Défaut absolu de consentement... — Le consentement fait absolument défaut, soit lorsque les parties n'ont pas été d'accord sur la nature de la convention qu'elles ont cru former, lors, par exemple, que l'une a voulu *vendre*, tandis que l'autre a cru recevoir *à titre gratuit* (voy. le n° 1041), soit lorsqu'elles ont eu chacune en vue un objet différent, comme lorsque l'une d'elles a cru vendre sa maison A, tandis que l'autre croyait acheter la maison B (voy. le n° 1042), soit enfin lorsqu'une des parties est absolument incapable de vouloir, par exemple lorsqu'elle est insensée et qu'elle contracte pendant un accès de folie, ou lorsqu'elle est jeune et qu'elle est entièrement dépourvue de raison.

Défaut d'objet... — J'offre de vous vendre ma maison A, vous acceptez; mais cette maison n'existait plus au moment où nous avons cru contracter : le contrat a manqué de se former, faute d'objet : il est *nul*.

Défaut de cause... — Mon père vous ayant, par son testament, légué tant de mesures de blé, nous convenons qu'au lieu et place du blé qui vous a été légué je vous paierai telle somme d'argent; mais le legs contenu dans le testament de mon père avait été révoqué dans un codicille dont j'ignorais l'existence : la convention par laquelle j'ai promis de vous payer une somme d'argent au lieu et place du blé que je croyais vous devoir, mais qu'en réalité je ne vous devais pas, est *nulle* faute de *cause*.

2° *Lorsqu'ils sont faits en violation d'une prohibition de la loi* (1) : la loi ne peut ni ne doit faire valoir les actes qu'elle défend. — Ainsi, lorsqu'elle défend de traiter sur une succession future, elle prononce par là même et implicitement la *nullité* de la convention qui a pour objet une succession qui n'est pas encore ouverte (voy. le n° 1095).

3° *Lorsque les formes solennelles auxquelles ils sont soumis pour leur perfection n'ont pas été observées* (voy. le n° 1035). — Ainsi, par exemple, le contrat de donation ou d'hypothèque est *nul* quand il

(1) La règle que les contrats qui sont faits en violation d'une prohibition de la loi sont *nuls*, lors même que la loi n'en a pas expressément prononcé la nullité, n'est pas applicable en matière de mariage (voy. les art. 64 et 228). Je ne l'appliquerais pas non plus dans le cas où la loi a prononcé une peine autre que la nullité (voy. l'art. 1397, première phrase).

n'a pas été fait devant notaire, dans la forme prescrite pour la validité des actes notariés.

Qu'est ce qu'un contrat *annulable?*

1483. — Les contrats *annulables* sont ceux qui, bien qu'ils réunissent tous les éléments essentiels à leur formation, sont entachés d'une imperfection assez grave pour en autoriser l'*annulation* lorsqu'elle est demandée, mais qui, *provisoirement,* ne les empêche pas de valoir; ou, si l'on veut, ceux dans lesquels se rencontre un élément essentiel à leur perfection, infecté d'un vice qui pourra bien amener leur annulation si elle est demandée, mais qui pourra être effacé par le remède salutaire de la ratification.

Annulabilité est le mot dont on se sert pour exprimer cette imperfection, c'est-à-dire cette nullité conditionnelle et facultative du contrat.

Dans quels cas les contrats sont-ils *annulables?*

Les contrats sont *annulables* ou *rescindables :*

1° Lorsque le consentement de l'une des parties a été extorqué par violence (voy. le n° 1050), surpris par dol (voy. le n° 1060), ou qu'il a été le résultat d'une erreur portant soit sur la *substance* de l'objet du contrat, soit sur la *personne* avec laquelle on a cru contracter (voy. les n^os^ 1043 et 1047).

2° Lorsque l'une des parties est incapable de contracter. Ainsi, le contrat fait par un mineur, par un interdit, par une femme mariée non autorisée, est simplement *annulable.* Il semble cependant que le contrat fait par un incapable devrait être rangé parmi les contrats *nuls :* car la capacité figure, dans l'art. 1108, parmi les conditions essentielles à sa formation ; mais la loi en a décidé autrement (art. 1125 et 1304). Elle a, sans doute, pensé que la capacité de celui qui consent n'est qu'une qualité du consentement. Si cette qualité manque, le consentement est vicieux sans doute, imparfait, mais enfin il existe. Le contrat n'est donc pas absolument *nul.* Il n'est pas valable non plus. Il est annulable, c'est-à-dire imparfait comme le consentement qui le constitue.

Quelles différences y a-t-il entre les contrats *nuls* et les contrats *annulables?*

1484.—II. *Différences entre les contrats* NULS *et les contrats* ANNULABLES. — Le contrat *nul* n'a aucune existence; il a manqué de se former : c'est le néant, un simple fait destitué de tout effet civil. Personne ne peut l'invoquer, et il ne peut être opposé à personne. Rien, ni le temps, ni la volonté expresse des parties, ne peut lui donner la force d'une convention obligatoire : on ne ratifie point le néant (1). Nul aujourd'hui, il le sera toujours ! Et, puisque la nullité dont il est frappé ne se peut couvrir ni par la ratification ni par la prescription, je n'ai aucun intérêt à l'attaquer dans un certain délai et à en faire prononcer la nullité en justice. Il est possible qu'en fait il me soit opposé ; mais, à quelque époque qu'on me l'oppose, je serai recevable à prouver qu'il est nul et sans effet.

Ainsi, lors même qu'il s'est écoulé trente, quarante, cinquante

(1) Voy. cependant une exception dans l'art. 1340. Voy. aussi l'art. 1311.

ans, depuis sa prétendue formation, je n'ai rien à redouter : si l'on me poursuit en justice pour en obtenir l'exécution, je puis faire tomber l'action dirigée contre moi en montrant qu'il est nul.

Allons plus loin ! Si, le croyant valable, je l'ai moi-même exécuté, je puis revendiquer la chose que j'ai livrée à mon adversaire, et, pour réussir dans ma demande, je n'ai pas besoin d'attaquer préalablement notre contrat et d'en faire prononcer la nullité : j'agis contre lui comme j'agirais contre toute autre personne qui posséderait sans cause la chose qui m'appartient et que je revendique. Mais, bien entendu, mon action en revendication est soumise à la prescription de trente ans, comme toute autre action: si donc mon adversaire a possédé pendant trente ans la chose que je lui ai livrée et que je revendique aujourd'hui, ma revendication ne réussira point. Notons-le bien, ce n'est pas l'action en *nullité* qui est prescrite : ce qui est prescrit, ce que j'ai perdu, c'est mon action en *revendication*. Mon adversaire, qui m'oppose la prescription, n'invoque point le contrat pour se défendre, il ne soutient pas qu'il est valable ; il se fonde sur une autre cause d'acquisition : il soutient qu'il est propriétaire, parce qu'il a possédé pendant trente ans.

En un mot, tant que le contrat nul n'a pas été exécuté, je n'ai rien à craindre. Si je l'ai exécuté, je puis répéter la chose que j'ai livrée (voy. toutefois les nos 1674 et 1675), pourvu que je le fasse avant que celui qui la possède l'ait acquise par la prescription de trente ans.

1485. — Le contrat *annulable* ou *rescindable* n'a pas seulement, comme le contrat *nul*, l'*apparence* d'un contrat, il en a la *réalité*. C'est un contrat vicieux, imparfait sans doute; mais enfin il existe, et la loi le reconnaît. Elle lui attribue provisoirement la même force et les mêmes effets qu'à un contrat valable et régulier, mais en réservant, pour l'une des parties, la faculté de l'attaquer et d'en faire prononcer la nullité en justice, ou, si elle le préfère, de le ratifier (voy. les Form. 83, 94, 95, 352, 354, 355, 356, 505 et 507), c'est-à-dire de le tenir pour bon.

La ratification peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est *tacite* : 1° lorsque la partie qui peut demander la nullité du contrat l'exécute volontairement (art. 1338) ; 2° lorsqu'elle laisse passer dix ans sans l'attaquer : ce long silence renferme implicitement une approbation du contrat.

Le contrat *annulable* est donc, en quelque sorte, *valable* sous condition résolutoire, et, par conséquent, *nul* sous condition suspensive.

Ainsi, la partie dans l'intérêt de laquelle la loi déclare le contrat annulable l'attaque-t-elle dans le délai légal : la justice en prononce la nullité : les choses sont remises dans l'état où elles seraient si le contrat n'avait jamais existé. Le ratifie-t-elle, soit expressément, soit tacitement, en l'exécutant ou en laissant passer le délai légal sans l'attaquer : le vice qui était en lui et qui le ren-

dait annulable est effacé; tous les effets qu'il avait produits *provisoirement* sont maintenant *définitifs* et *irrévocables:* le contrat est réputé avoir été régulier et valable dès sa formation.

1486. — En résumé, le contrat *nul* n'a aucune existence légale; la nullité est ici *absolue* et *perpétuelle*. *Absolue*, car toute personne intéressée peut l'invoquer. *Perpétuelle*, car elle peut être invoquée à toute époque. Rien ne le peut purger du vice qui l'infecte, ni le temps ni la ratification.

Le contrat *annulable* existe : bien que vicieux, il produit les mêmes effets qu'un contrat valable, tant que son annulation n'a pas été prononcée en justice. La nullité est ici *relative* (art. 1125; voy. le n° 1090) et *temporaire*. *Relative*, car elle ne peut être invoquée que par l'une des parties seulement. *Temporaire*, car elle ne peut être invoquée que pendant un certain temps déterminé par la loi (art. 1304). Ce contrat, que l'une des parties peut mettre à néant si elle l'attaque dans un délai légal, peut, par le remède salutaire de la ratification, devenir aussi efficace que s'il avait été valable *à priori*.

Notre Section se réfère-t-elle aux contrats *nuls* ou aux contrats *annulables*?

1487. — III. *A quels contrats se réfère notre Section.* — Ce qui vient d'être dit fait suffisamment comprendre que l'action en *nullité* ou en *rescision* ne se réfère point aux contrats *nuls*. Cette action est, en effet, présentée comme un mode d'*extinction* des obligations; or, le contrat *nul* ne produit aucune *obligation*. L'action en nullité ou en rescision dont il est ici question ne se réfère donc qu'aux contrats *annulables*: ces contrats produisent, en effet, une obligation révocable, et c'est cette obligation qui se trouve éteinte, mise à néant, par l'effet de l'action en nullité (voy. le n° 1306-1°).

Existe-t-il quelques différences entre l'action en *nullité* et l'action en *rescision*?

1488. — IV. *S'il existe quelque différence entre l'action en* NULLITÉ *et l'action en* RESCISION. — Dans l'ancien droit, ces deux actions se distinguaient l'une de l'autre, sous plusieurs rapports.

1° L'action en *nullité* se donnait contre les contrats dont la nullité était prononcée par les Ordonnances ou par les Coutumes. L'action en *rescision* se donnait contre les contrats dont la nullité était prononcée par le droit romain ou d'après l'équité naturelle.

2° L'action en nullité, étant fondée sur les Ordonnances ou sur les Coutumes, pouvait être portée *directement* devant les tribunaux. Il n'en était pas ainsi de l'action en *rescision*. Les juges n'avaient pas, en effet, pouvoir de révoquer un contrat qui, bien que contraire aux principes du droit romain et de l'équité naturelle, était cependant régulier et valable selon notre droit rigoureux. Ce pouvoir n'appartenait qu'au prince, de qui seul émanait toute justice. Le demandeur en *rescision* devait donc, avant de former sa demande devant le tribunal compétent pour en connaître, se munir de *lettres de rescision* que délivraient, au nom du roi, les chancelleries des parlements ou des présidiaux. Ces lettres, qui étaient accordées sans aucun examen des faits allégués, donnaient au tribunal qui devait être saisi de la demande la faculté de la rejeter ou de l'admettre.

3° L'action en *nullité* se prescrivait par trente ans ; l'action en *rescision*, par dix ans.

Notre législation, aujourd'hui, est uniforme. L'usage des lettres de rescision a été aboli par les lois des 7-11 septembre 1790 ; aux termes de l'art. 1304 de notre Code, l'action *en nullité* et l'action *en rescision* se prescrivent par le même laps de temps, par dix ans. La triple différence qui existait autrefois entre ces deux actions n'existe donc plus aujourd'hui. Aussi le Code les confond-il : elles produisent les mêmes effets et sont soumises aux mêmes règles ; elles ne forment, en un mot, qu'une seule et même action sous des noms différents. — Remarquons cependant que le Code, qui se sert indifféremment des mots *nullité* ou *rescision* lorsque le contrat est annulable pour cause de violence, de dol ou d'incapacité (articles 1117, 1304), affecte de se servir exclusivement du mot *rescision* lorsque le contrat est annulable pour cause de *lésion* (articles 888, 891, 892, 1674).

Qu'ont de particulier les actions en rescision pour cause de lésion ?

1489. — Les actions en rescision pour cause de *lésion* ont ceci de particulier : 1° que le défendeur a la faculté de s'y soustraire en offrant au demandeur une indemnité suffisante pour faire disparaître la lésion (art. 891, 1681) ; — 2° que la partie lésée ne peut point, en y renonçant, ratifier le contrat (voy. les n^os^ 510 et 511).

Par quel laps de temps se prescrit l'action en nullité ou en rescision ?

1490. — V. *De la durée de l'action en nullité ou en rescision.* — Cette action se prescrit par dix ans, toutes les fois que la loi ne l'a pas expressément soumise à une prescription plus courte. Ainsi, l'action en nullité pour cause de violence, d'erreur, de dol ou d'incapacité, et même de lésion, quant aux partages de succession, se prescrit par dix ans. En matière de vente d'immeubles, l'action en rescision pour cause de lésion est soumise à une prescription moins longue : elle ne peut être intentée que pendant deux ans seulement, à partir de la vente (art. 1676. Voy. aussi les art. 1622 et 1854).

Quel est le point de départ des dix ans ?

Les dix ans ne commencent à courir que *du jour où la partie dans l'intérêt de laquelle le contrat est annulable a pu librement en demander la nullité.* Ainsi, les dix ans ne courent, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les interdits, du jour où l'interdiction a été levée, et, quant aux actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité.

De quel jour courent-ils, quant à l'action en nullité ou rescision qui compète aux femmes qui ont contracté sans autorisation ?

En ce qui touche les contrats faits par une femme mariée non autorisée, le délai ne court que du jour de la dissolution du mariage. Ce n'est, en effet, qu'à partir de ce moment qu'elle est réellement libre d'agir en nullité. Elle n'est pas libre pendant le mariage : car, ayant contracté à l'insu de son mari et au mépris de la puissance maritale, elle n'ose point engager un procès en nullité, dans la crainte de porter à la connaissance de son mari la faute qu'elle a commise.

Le point de départ est-il le même à l'égard de l'action qui,

1491. — L'action en nullité n'appartient pas seulement à la femme qui a contracté sans autorisation, elle est aussi donnée à

son mari. Mais quel est le point de départ des dix ans accordés au mari pour exercer l'action en nullité qui lui compète ? Ces dix ans courent-ils du jour où il a eu connaissance du contrat ou du jour de la dissolution du mariage ? Généralement, on les fait courir du jour de la dissolution du mariage. L'opinion contraire me semble préférable. Les différentes décisions contenues dans notre article 1304 sont toutes fondées sur cette idée : la prescription ne doit pas courir contre la personne qui n'est pas libre ; mais, dès qu'elle peut agir, la prescription doit courir contre elle. Or, le mari est aussi libre d'agir pendant le mariage qu'après sa dissolution : donc la prescription doit courir contre lui, du jour où il a connu le contrat fait par sa femme. S'il laisse passer dix ans à partir de ce moment, son silence est une ratification tacite qui éteint, quant à lui, l'action en nullité.

dans ce cas, compète à leur mari ?

Je dis *quant à lui*, car cette ratification ne peut pas faire perdre à sa femme l'action en nullité qu'elle tient de la loi. Et, en effet :

1° Il est de principe que nul ne peut être dépouillé de son droit sans son consentement ;

2° Si la ratification tacite qui résulte du silence que le mari a gardé pendant dix ans, à compter du jour où il a connu le contrat, était opposable à sa femme, celle-ci n'aurait, en réalité, pour exercer son droit de rescision, que dix ans à compter du jour où le mari a eu connaissance de la faute qu'elle a commise : la prescription courrait contre elle PENDANT le mariage ! Or, la loi est formelle : la prescription ne court contre elle qu'à partir *de la dissolution du mariage* (voy., dans le t. I, les nos 792, 793 et 817).

S'il ratifie expressément ou tacitement le contrat que sa femme a fait sans autorisation, la femme conserve-t-elle son action nonobstant cette ratification ?

1492. — VI. *S'il faut considérer comme* UNE PRESCRIPTION PROPREMENT DITE *ou comme un simple* DÉLAI PRÉFIX ET INVARIABLE *le délai de dix ans, accordé pour exercer l'action en nullité.* — La question qui fait l'objet de ce numéro est fort importante.

Le délai de dix ans dont il est parlé dans notre article constitue-t-il une prescription proprement dite ? n'est-ce, au contraire, qu'un simple délai ?

Quel est l'intérêt de cette question ?

Le délai de dix ans dont il est parlé dans notre article constitue-t-il *une prescription proprement dite* : toutes les causes de *suspension* de prescription lui seront applicables. Si donc la personne à laquelle appartient l'action en nullité meurt pendant les dix ans, laissant un héritier mineur ou interdit, la prescription sera suspendue pendant la minorité ou l'interdiction de l'héritier ; le délai ne reprendra son cours qu'après que cet héritier aura atteint sa majorité ou qu'il sera relevé de son interdiction (art. 2252).

N'est-il, au contraire, qu'un *délai ordinaire* : aucune cause, ni la minorité ni l'interdiction des héritiers de la personne investie de l'action, n'en pourra suspendre le cours.

Je crois, quant à moi, que notre article a organisé une véritable prescription : car dire qu'une action doit être exercée, sous peine de déchéance, dans un délai de dix ans, c'est dire, en d'autres termes, que cette action est prescriptible par dix ans. — C'était au reste, l'opinion de Pothier (1), et rien ne peut nous

(1) *Procéd. civ.*, chap. IV, art. 2, § 6.

autoriser à croire que les rédacteurs du Code l'ont abandonnée.

Mais, dit-on, aux termes de l'art. 2264, « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés au Titre *De la prescription*, sont expliquées dans les Titres qui leur sont propres; » l'art. 1304 est relatif à une matière spéciale; le délai de dix ans dont il y est parlé est présenté comme un délai préfix et invariable : donc on ne peut pas lui faire l'application des causes de suspension énoncées au Titre *De la prescription*, dans l'art. 2252.

Cette objection repose sur une fausse interprétation de l'art. 2264. La règle qu'il énonce ne signifie point que les articles où il est question de cas spéciaux de prescription *se suffisent à eux-mêmes*, et qu'ils excluent l'application des règles générales contenues dans le Titre *De la prescription;* il faut la prendre en ce sens qu'en établissant des règles générales au Titre *De la prescription*, le Code n'a pas entendu abroger les règles établies dans les Titres du Code antérieurement votés, et où il est traité de la prescription de certains droits particuliers (voy. l'explic. de l'art. 2264) (1).

Quel était le sens de l'ancienne maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum?* Le Code l'a-t-il conservée?

1493. — VII. *Si l'ancienne maxime :* QUÆ TEMPORALIA SUNT AD AGENDUM, PERPETUA SUNT AD EXCIPIENDUM, *a été conservée.* — Selon le droit romain, le contrat qui est rescindable pour cause de dol peut être attaqué tantôt par voie d'*action*, tantôt par voie d'*exception*. On distingue, à cet égard, si le contrat a été ou n'a pas été exécuté.

Si le contrat n'a pas reçu d'exécution, si la partie qui a été trompée n'a pas livré la chose qu'elle a promise, l'*action* en rescision n'est pas nécessaire; l'*exception* suffit. A quoi bon, en effet, prendre les devants, engager un procès pour attaquer un contrat dont l'exécution ne sera peut-être jamais demandée? Si la partie avec laquelle vous avez contracté est assez osée pour exiger l'exécution du contrat qu'elle vous a surpris, vous la repousserez par l'*exception* de dol.

Si, au contraire, vous avez déjà exécuté le contrat; si, dans l'ignorance du dol que vous n'avez découvert que plus tard, vous avez livré la chose que vous aviez promise, la loi vous accorde alors une *action* de dol. L'*exception*, dans ce cas, n'est plus possible : car l'exception est une défense à une action, et il est évident que votre adversaire, qui a obtenu tout ce qu'il désirait avoir, n'intentera aucune action contre vous.

Ainsi, l'*action* de dol ne s'ouvre à votre profit que lorsque l'*exception* n'est plus possible.

— L'*action* dure un an, l'*exception* est perpétuelle.

La raison de cette différence est facile à comprendre.

Lorsque vous avez l'*action*, vous êtes le maître de l'exercer *dès à présent, demain, aujourd'hui même si vous le voulez :* on peut donc, sans danger, la renfermer dans un certain délai; passé le-

(1) MM. Val., *Notes sur Proudhon*, t. II, p. 506; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 201; Marc., art. 1304.

quel vous serez réputé l'avoir abandonnée si vous ne l'avez pas exercée.

Il n'en est pas de même de l'*exception*. Vous ne pouvez pas vous en servir *quand vous le voulez* : car, si votre adversaire n'intente contre vous aucune action, s'il ne demande point l'exécution du contrat, vous n'avez aucun moyen de faire valoir votre exception : on ne peut se défendre que lorsqu'on est attaqué ! Que serait-il donc arrivé si l'exception eût été *temporaire?* Une grosse injustice ! En effet, tant que j'ai l'*exception*, je n'ai point l'*action* de dol : il ne m'est point permis de prendre les devants, d'attaquer le contrat et d'en faire prononcer la nullité en justice : il faut que j'attende l'attaque afin d'opposer mon exception. Mais, on le conçoit, si mon *exception*, de même que l'*action* de dol, ne durait qu'un an, mon adversaire n'intenterait son action qu'après l'expiration de ce délai, ce qui rendrait mon exception complétement inutile.

Ainsi, l'*action* de dol, lorsqu'elle est ouverte, est *temporaire*, parce qu'on est le maître de l'exercer quand on veut ; l'*exception* de dol est *perpétuelle*, parce qu'on ne peut l'invoquer qu'autant qu'on est actionné en exécution du contrat. De là la règle : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (1).

Cette règle fut abrogée par l'Ordonnance de Villers-Cotterets, rendue par François Ier en 1539.

Le Code l'a-t-il maintenue? Notre art. 1304 n'est-il relatif qu'à l'*action* en nullité ? Comprend-il, au contraire, tout à la fois l'*action* et l'*exception?* Je vous ai vendu, mais non encore livré, ma maison A ; le contrat, je le suppose, est rescindable pour cause de dol, de violence, d'erreur ou d'incapacité ; onze, quinze, vingt ans... après qu'il a été fait, vous en demandez l'exécution : puis-je, par voie d'*exception* à votre poursuite, faire valoir la nullité que je ne puis invoquer par voie d'*action?*

La négative est généralement admise. Lorsque dix ans se sont passés, soit depuis la découverte du dol ou de l'erreur, soit depuis la cessation de la violence ou de l'incapacité, tout est terminé : l'action et l'exception sont éteintes ; le contrat est ratifié. En d'autres termes, la règle : *quæ temporalia...* n'a plus d'application sous l'empire de notre Code. En effet, le motif qui, en droit romain, avait fait introduire la différence que nous avons signalée entre l'*exception* et l'*action*, ne se rencontre plus dans notre droit : car la personne qui a fait un contrat annulable est maîtresse de l'attaquer quoiqu'elle ne l'ait pas encore exécuté, et bien que l'autre partie n'en demande pas l'exécution. Elle n'a pas besoin d'attendre, comme en droit romain, que l'autre partie ait formé contre elle une demande en exécution du contrat. Il lui est permis de prendre l'initiative, d'attaquer dès à présent et de faire mettre à néant le contrat qu'on pourrait plus tard lui opposer. Si

(1) Paul, L. 5 § 6, D., *De doli mali et metûs except.*

elle ne le fait pas, si elle reste dans l'inaction pendant dix ans, son silence est considéré comme une ratification tacite : tout est prescrit, l'action et l'exception. La loi a voulu, sans doute, prévenir, par cette prescription, les difficultés d'appréciation que soulèverait l'exercice d'une exception de nullité invoquée à une époque trop éloignée de la date du contrat (1).

L'abrogation de la règle : *quæ temporalia...* ne présente-t-elle pas un danger ?

1494. — Ce système, je le reconnais, présente quelque danger. Un interdit fait un contrat ; il est ensuite relevé de son interdiction : si le contrat a été exécuté, son existence lui sera révélée, le plus souvent, par l'absence de la chose qu'il aura livrée et qui manquera dans ses biens. Dans ce cas, on peut, sans danger, faire courir le délai du jour de la mainlevée de l'interdiction. Mais, si le contrat n'a pas été exécuté, rien n'en révélera l'existence à l'interdit (ou à ses héritiers) ; le plus souvent il l'ignorera. La prescription courra contre lui néanmoins ; et, si son adversaire a le soin de ne poursuivre l'exécution du contrat qu'après que les dix ans pendant lesquels l'action et l'exception de nullité peuvent être exercées seront expirés, l'interdit (ou son héritier) sera forcé de l'exécuter (2).

La loi n'a-t-elle pas fait disparaître ce danger quant aux personnes qui sont placées dans un établissement d'aliénés ?

1495. — La loi du 30 juin 1838, sur les *aliénés*, c'est-à-dire sur les personnes qui ne sont pas *interdites*, mais qui sont placées dans un établissement d'aliénés, a introduit un système qui prévient ce danger. Elle porte que les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés peuvent être attaqués par elle pendant dix ans, conformément à l'art. 1304 ; mais le délai de dix ans ne court, à l'égard de l'auteur de ces actes, qu'à partir « de la signification qui lui en a été faite ou de la connaissance qu'il en a eue autrement, après sa sortie définitive de la maison d'aliénés ; et, à l'égard de ses héritiers, qu'à dater de la signification qui leur en a été faite ou de la connaissance qu'ils en ont eue depuis la mort de leur auteur. »

Ce système peut-il être appliqué aux personnes frappées d'interdiction ?

Quelques personnes pensent que ce système est, par *à fortiori*, applicable aux personnes *frappées d'interdiction*. En conséquence, elles font courir le délai, pour les actes qui ont été faits par un interdit, à partir du jour où, depuis la mainlevée de son interdiction, il a eu connaissance de l'acte par la signification qui lui en a été faite, ou autrement.

Art. 1312.

Quel est l'effet de la rescision prononcée en justice ?

1496. — VIII. *De l'effet de la rescision prononcée en justice.* — De même qu'une condition résolutoire réalisée, la rescision pronon-

(1) Marc., art. 1304. — *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 199.

(2) Quelques personnes pensent qu'on peut échapper à ce danger. Le défendeur pourra, disent-elles, soutenir qu'il a contracté pendant un accès de folie ; qu'il y a eu, de sa part, *défaut absolu de consentement* ; que, par conséquent, le contrat est, non pas *annulable* seulement, mais *nul*, et qu'ainsi le droit d'opposer la nullité est *perpétuel*. J'admets cette théorie ; mais remarquons qu'elle ne sera point toujours applicable : il est possible, en effet, que le défendeur ne puisse pas établir qu'au moment du contrat il était entièrement privé de raison.

cée en justice remet les choses dans l'état où elles seraient si l'acte rescindé ou annulé n'avait jamais existé. (Tout ce que nous avons dit, sous les nos 1211 et s., relativement aux effets de la condition résolutoire, reçoit ici son application.)

L'incapable qui fait rescinder son contrat est-il tenu de restituer à l'autre partie ce qu'il en avait reçu ?

Les parties doivent réciproquement se restituer les prestations qu'elles s'étaient faites. Toutefois, cette règle souffre exception lorsque la rescision a eu pour cause l'*incapacité* de l'une des parties : l'incapable ne doit rembourser que ce dont il s'est enrichi. Un mineur a vendu sa maison, et le prix lui en a été payé : s'il fait rescinder la vente, sera-t-il tenu de rendre le prix? Oui, s'il en a profité, c'est-à-dire s'il l'a encore en sa possession ou s'il l'a employé utilement; non, dans le cas contraire. — Remarquons que ce n'est pas à l'incapable à prouver que le prix qu'il a reçu n'a point tourné à son profit; c'est à son adversaire à faire la preuve du contraire.

Art. 1305, 1311 et 1314.

L'art. 1305 s'applique-t-il aux conventions faites par le mineur lui-même ou aux conventions faites par son tuteur?

1497. — IX. *Des contrats faits par un mineur non émancipé ou par son tuteur.* — Art. 1305. « La *simple lésion* donne lieu à la res-« cision en faveur du mineur non émancipé, contre *toutes sortes de* « *conventions;* et en faveur du mineur émancipé, contre toutes « conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. »

Art. 1311. « Le mineur n'est plus recevable à revenir contre « l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a rati-« fié en majorité, soit qu'il fût *nul en la forme*, soit qu'il fût seu-« lement sujet à la rescision. »

Il résulte bien de ces deux textes que les contrats qui intéressent les mineurs sont tantôt *rescindables pour* CAUSE DE LÉSION, tantôt *nuls pour* DÉFAUT DE FORMES. Mais dans quel cas sont-ils nuls pour défaut de formes, indépendamment de toute lésion? dans quels cas sont-ils valables, mais rescindables pour cause de lésion? quand sont-ils valables et non rescindables?

Ces questions ont fait naître entre les auteurs des controverses très-vives qui durent encore. J'expose les deux systèmes qui comptent le plus de partisans (1).

1498.— PREMIER SYSTÈME. 1° *Actes faits par le mineur lui-même, c'est-à-dire dans lesquels, au lieu d'être représenté par son tuteur, il a figuré seul.*— Ces actes, de quelque nature qu'ils soient, sont rescindables *pour cause d'incapacité* et indépendamment de toute *lésion* (art. 1124).

2° *Actes faits par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs et selon les formes prescrites par la loi.* — Ces actes sont rescindables *pour cause de lésion* (art. 1305), à moins qu'une disposition spéciale de la loi n'ait fermé cette voie de rescision (art. 1314). Ainsi, sauf les

(1) Voy. sur cette matière, MM. Dem., *Progr.*, t. II, p. 320 et s.; Dur., t. X, nos 80 et s.; Val., *sur Proudhon*, t. II, p. 465 et s.; Frédéric Duranton, *Revue de droit français et étranger*; Marc., sur l'art. 1305; Pont, *Revue de législation*, t. XVI, p. 217; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 179 et s.; et enfin M. Fauconnier, explication des art. 1304 et 1314 (thèse de doctorat). Voy. surtout M. Oudot, *Du droit de famille*, p. 404 et suiv.

aliénations d'immeubles, les actes de partage, les acceptations de successions ou de donations, les conventions de mariage, que la loi assimile aux actes faits par des majeurs, lorsque les formalités auxquelles ils sont soumis ont été observées (art. 1314, 461, 463, 1309 et 1398), tous les actes RÉGULIÈREMENT faits par le tuteur sont rescindables *pour cause de lésion*.

3° *Actes qui n'ont pas été faits dans les formes prescrites.* — Ces actes, soit qu'ils émanent du mineur, soit qu'ils émanent du tuteur, sont *nuls pour défaut de formes* et indépendamment de toute lésion (art. 1311).

1499. — DEUXIÈME SYSTÈME. 1° *Le mineur a fait lui-même un acte que son tuteur aurait pu faire sans remplir aucune formalité.* — Cet acte est valable, à moins qu'il ne contienne une lésion pour le mineur (art. 1305).

2° *Il a fait un acte que le tuteur n'aurait pu faire qu'en accomplissant certaines formalités prescrites par la loi.* — Cet acte est nul pour défaut de formes (art. 1311).

3° *Le tuteur a fait un acte régulier.* — Cet acte est valable (article 1314, généralisé).

4° *Il a fait un acte sans remplir les formalités prescrites par la loi.* — Cet acte est nul pour défaut de formes (art. 1311).

1500. — Ce second système me semble préférable au premier. Je vais l'examiner dans ses détails, et donner des motifs à l'appui.

Un mineur a fait lui-même un acte que son tuteur aurait pu faire sans remplir aucune formalité; cet acte n'est-il rescindable que pour cause de lésion ?

1° *Le mineur a fait lui-même, et lui seul, un acte que son tuteur aurait pu faire sans remplir aucune formalité; il a, par exemple, passé bail de son domaine, vendu ou acheté des meubles.* — Cet acte n'est rescindable que pour cause de lésion (1). Le mineur qui l'attaque ne doit donc point se borner à prouver qu'il l'a fait pendant qu'il était mineur; il faut qu'il établisse, en outre, l'existence d'une lésion à son préjudice: *restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm læsus.*

J'appuie cette décision sur l'autorité de l'histoire et sur les textes de la loi.

Sur l'autorité de l'histoire... Domat disait, en effet : « La restitution des mineurs est fondée sur leur état de faiblesse; et, comme cet état les expose à se tromper, la loi les relève de tous les actes où leur minorité les a engagés *dans quelque lésion* (2)... Leur incapacité, ajoute-t-il, est bien différente de celle des interdits : ceux-ci sont incapables *de toutes sortes de conventions;* les mineurs, seulement de celles *qui leur nuisent* » (3).

Ainsi, selon Domat, les mineurs sont incapables, non pas de contracter, mais de faire des contrats *qui leur nuisent*.

La même théorie se retrouve dans les travaux préparatoires du

(1) Dans le premier système, cet acte est rescindable pour cause d'*incapacité* (art. 1124), *indépendamment de toute lésion.*
(2) *Lois civ.*, liv. IV, Titre VI, sect. 2.
(3) *Lois civ.*, liv. I, Titre I, sect. 6.

Code. « Le résultat de l'incapacité du mineur, dit M. Bigot-Préameneu, dans son Exposé des motifs, est *de ne pouvoir être* LÉSÉ, *et non de ne pouvoir* CONTRACTER : *restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm lœsus.* » — M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, n'est pas moins explicite. « Il est bien vrai, dit-il, que les mineurs sont, en règle générale, incapables de contracter. Cependant un mineur peut être capable de discernement : le lien de l'équité naturelle peut donc se trouver dans un contrat *passé par un mineur*. Voilà pourquoi il n'est pas restituable *comme mineur;* il peut l'être *comme lésé* » (1).

Sur le texte de la loi... Que dit, en effet, l'art. 1305? Que « la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur *contre toutes sortes de conventions...* »

Contre toutes sortes de conventions..., c'est-à-dire soit qu'il s'agisse de contrats de partage ou de ventes immobilières, qui sont rescindables pour cause de lésion, même entre majeurs (art. 887 et 1674), soit qu'il s'agisse de tout autre contrat, et, par exemple, d'une vente de meubles, d'un contrat de louage ou d'échange. La loi a voulu régler ici la différence qu'elle n'avait fait qu'indiquer dans l'art. 1118. Les majeurs ne sont restituables, pour cause de lésion, qu'en matière de vente d'immeubles ou de partages de successions; encore faut-il que la lésion soit de plus des sept douzièmes dans le premier cas (art. 1674), de plus du quart dans le second (art. 887). Certaines personnes, au contraire, sont restituables pour cause de lésion *en toute matière* (art. 1118), et alors même qu'elles n'ont éprouvé qu'une *simple* lésion. Quelles sont ces personnes? L'art. 1305 nous l'apprend : ce sont les mineurs.

L'argument que nous tirons de l'art. 1305 ne peut être écarté qu'à la condition d'établir que cet article statue, non pas sur les contrats que le mineur a passés lui-même, mais seulement sur ceux qui ont été faits par son représentant, c'est-à-dire par son tuteur. Or, cette preuve est impossible.

Tout nous montre, en effet, que notre article se réfère précisément aux contrats que le mineur a passés lui-même. Outre que le mot *tuteur* ne s'y trouve même pas mentionné, tous les articles qui le suivent, soit pour l'expliquer, soit pour y déroger, se réfèrent aux contrats faits en personne par le mineur lui-même.

C'est d'abord l'art. 1307, où il est dit que « la simple déclaration de majorité, *faite par le mineur*, ne fait point obstacle à sa restitution. » N'est-il pas évident que la loi se place dans l'hypothèse d'un contrat fait par le mineur en personne et en l'absence de son tuteur? Si l'on suppose, en effet, que c'est le tuteur qui contracte en cette qualité, comme représentant du mineur, l'hypothèse

(1) M. Duveyrier, dans son *Discours sur le contrat de mariage,* est plus formel encore. « L'incapacité de la femme, dit-il, ne ressemble point à *celle du mineur*. La nullité ou la validité des actes qu'elle fait seule *ne dépend point,* en effet, *du dommage ou de l'utilité qu'ils peuvent lui apporter;* ils sont *nuls* par cela seul qu'ils sont faits par un incapable. »

d'une déclaration de majorité par le mineur ne se conçoit plus : car cette déclaration serait démentie et détruite par la présence même de son tuteur. — C'est ensuite l'art. 1308, qui porte que « le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art. » Cette disposition est présentée comme une exception au principe de l'art. 1305; or, cette exception se réfère à des contrats passés par le mineur en personne.

Mais, dit-on, les contrats qui intéressent les mineurs doivent être passés, non pas par eux-mêmes, mais par leur tuteur, qui les représente (art. 450) : donc le contrat qui est fait par le mineur lui-même n'est pas fait dans la *forme* prescrite par la loi; donc il est annulable pour défaut de formes et indépendamment de la lésion (art. 1311). Je réponds que la loi ne considère point comme une *forme* la présence du tuteur au contrat; j'entends par *formes*, et l'art. 484 justifie mon explication, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, dans les cas où la loi les exige. Or, dans l'espèce que nous étudions, il s'agit de contrats qui sont affranchis de ces formes.

Ainsi, selon nous, on abuse des termes de l'art. 1124, lorsqu'on en conclut que les mineurs sont absolument incapables de contracter. Leur incapacité est expliquée par l'art. 1305 : les mineurs sont incapables de faire des actes qui leur nuisent (1).

Le mineur a fait lui-même un contrat que son tuteur n'aurait pu valablement faire qu'en accomplissant certaines formalités prescrites par la loi : ce contrat est-il nul indépendamment de toute lésion ? L'article 1311 ne reçoit-il pas, dans ce cas, son application ?

1501. — 2° *Le mineur a fait lui-même un contrat que le tuteur n'aurait pu valablement faire qu'en accomplissant certaines formalités prescrites par la loi, telles que l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal.... Il a, par exemple, emprunté une somme d'argent, vendu ou hypothéqué sa maison.* — Ce contrat est nul, indépendamment de toute lésion; il est nul pour *défaut de formes*. On sait, en effet, que les contrats qui sont soumis, pour leur perfection, à certaines formes, à certaines garanties, ne sont point valables lorsqu'ils n'ont point été faits conformément au prescrit de la loi : c'est une des applications de l'art. 1311.

Le tuteur a fait un simple acte d'administration : le mineur peut-il faire rescinder cet acte pour cause de lésion ?

1502. — 3° *Le tuteur a fait un contrat pour la perfection duquel la loi n'a prescrit aucune formalité particulière, c'est-à-dire un acte d'administration : il a, par exemple, fait un bail de neuf ans, vendu ou acheté un cheval.* — Ce contrat est-il valable? faut-il dire, au contraire, que le mineur peut l'attaquer pour cause de lésion? Domat le déclarait rescindable pour cause de lésion. « Le pouvoir du tuteur, dit-il, se borne à ce qui peut être utile au mineur » (2). Pothier pense, au contraire, que ce contrat est régulier et valable; et la raison qu'il en donne est des plus fortes. « Elle est tirée, dit-il, de l'intérêt même des mineurs Ce serait rendre impossible l'administration des biens des mineurs que de rescinder pour

(1) Ce système est suivi par M. Valette (voy. ses *Notes sur Proudhon*, t. II, p. 469, 489 et s.).

(2) *Lois civ.*, liv. IV, Tit. VI, sect. 2.

cause de lésion les actes administratifs du tuteur : car, s'il en était ainsi, personne ne voudrait traiter avec le tuteur, puisqu'on ne le pourrait point faire d'une manière solide et irrévocable» (1).

Quel système le Code a-t-il suivi? celui de Domat ou celui de Pothier? Celui de Pothier, évidemment : car nous ne trouvons aucun texte où il soit dit, comme le disait Domat, que le mineur peut se faire restituer pour cause de lésion, *même contre les contrats régulièrement faits par son tuteur*. Remarquons d'ailleurs que, si les contrats faits par le tuteur, dans la limite de ses pouvoirs, étaient rescindables pour cause de lésion, il n'y aurait aucune différence entre eux et ceux que le mineur passe lui-même : et alors à quoi bon la tutelle?

Le tuteur a fait un contrat sans remplir les formalités prescrites par la loi pour sa validité : ce contrat n'est-il rescindable que pour cause de lésion?

Quid, si, au contraire, le tuteur a rempli les formalités auxquelles ce contrat est soumis?

1503.—4° *Le tuteur a fait un contrat pour la perfection duquel la loi exige l'autorisation du conseil de famille seulement, ou tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.* — Il faut ici faire une distinction :

Le tuteur a-t-il rempli les formalités prescrites par la loi : le contrat est régulier, *jure perfectum* : le mineur ne peut pas l'attaquer pour cause de lésion.

A-t-il négligé de les remplir : le contrat n'est point *jure perfectum* ; il est nul *pour défaut de formes* : c'est une seconde application de l'art. 1311.

Ainsi, tous les actes *réguliers* du tuteur sont valables : ils ont la même force que s'ils avaient été faits par le mineur lui-même, *en temps de majorité*.

Quelles objections font contre ce système ceux qui soutiennent que les actes réguliers du tuteur sont, en général, rescindables pour cause de lésion? Comment peut-on répondre à l'objection qu'ils tirent de l'ancien droit?

On fait contre ce système plusieurs objections.

1504. — PREMIÈRE OBJECTION. Tous les anciens auteurs admettaient que les contrats faits par le tuteur étaient, *quoique régulièrement passés*, rescindables pour cause de lésion (2). En disant que le mineur peut se faire restituer pour cause de lésion, *contre toutes sortes de conventions*, le Code a entendu reproduire l'ancien système. Ces mots « contre toutes sortes de conventions » ont, en effet, un sens général : ils se réfèrent, non-seulement aux actes passés par les mineurs eux-mêmes, mais encore à ceux qui émanent de leurs tuteurs.

Je reconnais qu'en effet les actes du tuteur étaient autrefois rescindables pour cause de lésion, *lors même qu'il les avait passés selon les formes prescrites par la loi*. Mais cette théorie de l'ancien droit, critiquée par la plupart des auteurs, était, de la part de quelques-uns, l'objet de leurs plus amères railleries (3). Pothier,

(1) *Traité de la procédure civile*, part. V, chap. IV, art. 2.

(2) Domat, *Lois civ.*, liv. IV, tit. VI; Duplessis, *Œuvres*, t. I, p. 646; Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, p. 587 ; Henrys, liv. IV, chap. VI, quest. 22. Pothier suivait la même doctrine pour tous actes autres que les actes *d'administration* (voy., sous le n° 1502, ce que j'ai dit à ce sujet).

(3) « L'aliénation des immeubles d'un mineur, disait Henrys, est chatouilleuse ; quelque assurance qu'on y recherche, il n'y en a point, et quelquefois ce sont les précautions qui nuisent. On en peut dire ce qu'on dit des potirons:

lui-même, l'avait abandonnée en partie, car il tenait pour principe que les actes d'administration faits par le tuteur étaient à l'abri de la rescision.

Il faut donc, pour soutenir que cette malencontreuse théorie a été maintenue, produire un texte positif où elle soit clairement établie; or, ce texte manque absolument. Nos anciens auteurs avaient tous, pour l'énoncer, des formules très-énergiques : « La loi, disait Duplessis, accorde la restitution au mineur, toutes les fois qu'il souffre quelque préjudice soit par son fait, soit *par le fait de son tuteur*. » — « Les formalités, écrivait Bourjon, remplissent la forme de l'acte, mais n'étouffent pas le privilége des mineurs de faire détruire les actes par lesquels ils souffrent quelque lésion. » — Domat n'était pas moins explicite : « Le mineur, disait-il, est restituable de ce que le tuteur a fait en sa qualité de tuteur, s'il se trouve lésé par le fait du tuteur : car le pouvoir de ce dernier est borné à ce qui peut être utile au mineur. »

Aucune de ces formules n'a été reproduite dans notre Code : j'en conclus que le principe qu'elles contenaient a été abandonné. On soutient, il est vrai, qu'en disant que le mineur est restituable *contre toutes sortes de conventions*, l'art. 1305 a entendu reproduire l'ancienne théorie ; mais évidemment cette formule n'est pas assez explicite, assez claire, pour autoriser cette conclusion. Elle peut, ainsi que je l'ai montré sous le no 1500, être entendue dans un autre sens : elle signifie, selon moi, que le mineur est restituable pour cause de lésion, contre toutes les conventions qu'il fait seul, c'est-à-dire lors même qu'il s'agit de conventions qui, selon le droit commun, ne sont pas rescindables pour cause de lésion. La formule de l'art. 1305 est donc au moins amphibologique ; or, ce n'est pas en s'appuyant sur un texte douteux qu'on parviendra jamais à bâtir un système que la raison condamne, qui fut, dans l'ancien droit, l'objet des railleries des hommes les plus éminents dans la science, et que Pothier lui-même avait déjà abandonné en partie.

A celle qu'ils tirent par argument *à contrario* de l'art. 1314?

« Mais, dit-on, si la loi ne reproduit pas expressément l'ancienne théorie, elle la consacre au moins implicitement. Nous voyons, en effet, dans l'art. 1314, que *les aliénations d'immeubles* et *les actes de partage*, régulièrement faits par le tuteur, ont la même force que s'ils avaient été faits par le mineur, en temps de majorité. Cette décision serait inutile si la règle générale était que le mineur dûment représenté par son tuteur est semblable à un majeur : donc il faut admettre la règle contraire, sous peine d'annihiler l'art. 1314. »

A cet argument *à contrario* j'oppose l'argument *à fortiori*. Si, en effet, le mineur ne peut plus aujourd'hui, comme il le pouvait autrefois, attaquer pour cause de simple lésion les actes qui peuvent

« Quelque apprêt qu'on en fasse, l'usage n'en est pas bon, et la meilleure « sauce qu'on y puisse apporter, c'est de les jeter là. »

compromettre le plus gravement ses intérêts (les aliénations d'immeubles et les partages de successions), à plus forte raison doit-il respecter les actes moins importants qui sont d'une utilité journalière et que les nécessités de la pratique faisaient déjà considérer comme inattaquables (1).

A celle que leur fournit l'art. 481 du Code de procédure?

1505. — SECONDE OBJECTION. Aux termes de l'art. 481 du Code de procédure, les mineurs peuvent obtenir, par la voie de la requête civile, la rescision des jugements rendus contre leurs tuteurs, lorsqu'ils n'ont pas été valablement défendus ; or, s'il en est ainsi des jugements rendus contre le tuteur, n'est-ce pas parce qu'en principe le mineur peut se faire restituer, pour cause de lésion, contre les actes qu'a faits son tuteur?

Ce raisonnement n'est pas juste ; une simple observation le détruit. En effet, l'art. 481 accorde la requête civile, non-seulement aux mineurs, mais encore à l'État, aux communes, aux établissements publics, c'est-à-dire à des personnes civiles qui ont, de même que le mineur, un représentant légal ; et cependant personne n'a jamais soutenu que ces incapables soient autorisés à demander, pour cause de lésion, la rescision des actes réguliers qui émanent de leurs représentants (2).

Et enfin à celle qu'ils puisent dans l'article 2252 du Code Napoléon?

1506. — TROISIÈME OBJECTION. Aux termes de l'art. 2252, la prescription ne court point contre les mineurs. Cette disposition n'est point fondée sur le principe que la prescription ne court point contre ceux qui ne peuvent pas agir : car les tuteurs qui représentent les mineurs peuvent agir pour eux. Elle ne peut s'expliquer qu'en admettant le principe que les mineurs peuvent se faire restituer contre les faits de leurs tuteurs lorsque ces faits leur préjudicient. La pensée de la loi est celle-ci : si la prescription courait contre les mineurs, ils la feraient rescinder pour cause de lésion ; il est bien plus simple de ne pas la faire courir contre eux.

Je réponds que l'art. 2252, qui suspend la prescription dans l'intérêt des mineurs, suppose, non pas *un acte régulièrement accompli* par le tuteur, mais simplement l'abstention d'un fait, une négligence, le défaut d'interruption de prescription. Or, entre ces deux hypothèses, *un acte régulier* et *une négligence* du tuteur, il y a une différence radicale. Si le mineur pouvait faire rescinder, pour cause de lésion, les contrats faits régulièrement par son tuteur, cette faveur tournerait contre lui-même : car personne ne voudrait traiter avec son tuteur, ce qui rendrait impossible l'administration de ses biens. Il n'y a, au contraire, aucun danger à déclarer que la prescription ne court point contre les mineurs ; cette faveur ne peut, en aucun cas, tourner contre eux et leur devenir préjudiciable (3).

(1) M. Val., *sur Proudhon*, t. II, p. 469.
(2) MM. Val., *sur Proudhon*, t. II, p. 470 ; Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 181.
(3) M. Val., *sur Proudhon*, t. II, p. 470.

1507. — X. *Des contrats faits soit par un mineur émancipé agissant seul, soit par un mineur émancipé assisté de son curateur.* — Nous suivrons ici, et par les mêmes motifs, la doctrine que nous avons exposée sous les nos 1499 et suivants (2e système).

Un mineur émancipé a fait un contrat que la loi lui permet de faire seul et sans aucune formalité : ce contrat est-il rescindable pour cause de lésion ?

1° *Le mineur a fait un contrat que la loi lui permet de faire seul et sans aucune formalité;* il a, par exemple, fait un acte de simple administration, tel qu'un bail qui ne dépasse pas neuf ans, ou, s'il est commerçant, un emprunt pour les besoins de son commerce. — Ce contrat est aussi valable (1) que s'il avait été fait par un majeur (art. 481, 1308).

Quid, quant aux contrats qu'il a faits en remplissant toutes les formes prescrites par la loi ?

2° *Il a, assisté de son curateur, fait un acte que la loi lui permet de faire avec la seule assistance de son curateur.*

3° *Il a fait un contrat pour lequel la loi exige, outre l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, et il a rempli ces formalités* (art. 483, 484). — Dans ces deux cas, le contrat est valable : on ne peut pas, en effet, considérer comme un incapable celui qui a fait ce que la loi lui permet et qui satisfait à toutes les conditions qu'elle exige.

Quid, quant à ceux qu'il a faits en dehors de ces formes ?

4° *Il a fait, sans autorisation du conseil de famille et sans homologation du tribunal de première instance, un contrat pour la perfection duquel la loi exige l'emploi de ces formalités.* — Ce contrat est *nul en la forme*, conformément à l'art. 1311.

Quid, s'il a fait seul un contrat qu'il ne pouvait faire qu'avec l'assistance de son curateur ?

5° *Il a fait seul un contrat qu'il ne pouvait faire qu'avec l'assistance de son curateur, mais qui n'était soumis à aucune formalité.* — Ce contrat est rescindable pour cause de lésion, conformément à l'art. 1305.

En résumé :

1508. — En résumé :

Quels sont les contrats que les mineurs *non émancipés* peuvent faire annuler pour *défaut de formes* ?

Les mineurs (non émancipés) peuvent faire annuler, *pour défaut de formes, et indépendamment de toute lésion*, les contrats faits soit par eux-mêmes, soit par leur tuteur, soit par l'un et l'autre réunis, sans remplir les formalités prescrites par la loi pour leur validité (voy. les nos 1501 et 1503).

Ceux qu'ils ne peuvent faire rescinder que *pour cause de lésion* ?

Ils peuvent faire rescinder, *pour cause de lésion*, mais pour cette cause seulement, les contrats qu'ils ont faits eux-mêmes et que leur tuteur aurait pu faire sans l'emploi d'aucune formalité particulière (voy. le no 1501).

Ceux qui sont valables ?

Ils sont, au contraire, *assimilés à des majeurs* quant aux obligations qui naissent :

1° De la loi ;

2° Des contrats *régulièrement* faits par leur tuteur (voy. les nos 1502 et 1503) ;

Art. 1309.

Quid, quant à leurs conventions matrimoniales ?

3° De leur contrat de mariage, lorsqu'ils l'ont fait avec l'assistance des personnes dont le consentement était requis pour la validité de leur mariage (art. 1309) ;

Art. 1310.

4° De leurs délits ou quasi-délits (art. 1310). — Qu'on leur per-

(1) Sauf pourtant l'action en réduction dont il est parlé dans l'art. 484, deuxième alinéa.

mette de faire rescinder les contrats qu'ils ont faits eux-mêmes, rien de plus juste : car les tiers qui contractent avec un mineur sont *coupables* lorsqu'ils ont connu son incapacité, ou *en faute*, s'ils l'ont ignorée : *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit*. Mais ceux qui souffrent des délits ou des quasi-délits qu'il commet n'ont aucune faute à se reprocher : l'équité demande donc qu'ils soient indemnisés du dommage qu'ils ont éprouvé (voy. l'expl. de l'art. 1384).

Pourquoi sont-ils tenus des obligations qui naissent de leurs délits ou quasi-délits?

Je rattache à cette théorie la disposition de l'art. 1307. Elle est ainsi conçue : « *La simple déclaration* de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution. » Un mineur se présente à vous comme majeur ; vous le croyez, et vous contractez avec lui. Vous êtes en faute, car vous pouviez facilement vérifier si la déclaration de majorité qu'il vous a faite était ou non conforme à la vérité : il fallait lui demander son acte de naissance. Dans cette hypothèse, vous subirez la peine de votre imprudente confiance : le contrat que vous avez fait sera rescindable pour cause de lésion. Mais, si le mineur a eu recours à des manœuvres frauduleuses, s'il vous a, par exemple, présenté un faux acte de naissance pour vous tromper, sa déclaration mensongère est un délit qui l'oblige : il est tenu de respecter le contrat qu'il a fait avec vous.

Art. 1307.

Les mineurs qui se déclarent majeurs en contractant, sont-ils admis à critiquer leurs contrats?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1509. — Les mineurs émancipés peuvent faire annuler, *pour défaut de formes et indépendamment de toute lésion*, les contrats qu'ils ne pouvaient consentir qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal de première instance, et qu'ils ont faits sans accomplir ces formalités (voy. le no 1507-4°).

Art. 1305, 1314, 1310, 1309, 1308.

Quels sont les contrats que les mineurs *émancipés* peuvent faire annuler pour *défaut de formes*?

Ils peuvent faire rescinder, *pour cause de lésion*, mais seulement pour cette cause, les contrats qu'ils ont faits seuls, tandis que la loi exigeait, pour leur validité, l'assistance de leur curateur (voy. le no 1507-5°).

Ceux qu'ils ne peuvent faire rescinder que pour *cause de lésion*?

Ceux qu'ils doivent respecter?

Ils sont, au contraire, assimilés aux majeurs quant aux obligations qui naissent :

Ou, plus généralement, dans quels cas sont-ils assimilés à des majeurs?

1° De la loi;

2° Des contrats qu'ils ont faits dans la limite de leur capacité (actes d'*administration*, art. 481; ou de *commerce*, lorsqu'ils sont commerçants, art. 1308), ou en observant les formalités prescrites par la loi pour leur validité (art. 483, 484, première phrase);

3 De leur contrat de mariage, lorsqu'ils l'ont fait avec l'assistance de ceux dont le consentement était nécessaire pour la validité de leur mariage;

4° De leurs délits ou quasi-délits.

1510. — Deux points nous restent à examiner.

Art. 1306.

Les mineurs non émancipés ou émancipés peuvent, dans certains cas, faire rescinder, *pour cause de lésion*, le contrat

Nous avons vu que les contrats faits par les mineurs émancipés ou non émancipés sont, dans certains cas, rescindables pour cause de lésion; mais quand y a-t-il lésion et, par suite, lieu à la rescision?

La lésion existe toutes les fois que le contrat est nuisible au mi-

qu'ils ont fait; mais quand y a-t-il *lésion* et, par suite, lieu à la rescision?

neur, ce qui arrive : 1° lorsque le mineur reçoit moins qu'il ne donne; 2° lorsqu'il a reçu soit des choses de luxe en échange de choses utiles ou nécessaires, soit des choses dont la conservation est difficile ou périlleuse, en échange de choses faciles à conserver.

En d'autres termes, la rescision doit être admise : 1° lorsque le contrat a causé au mineur une perte présente dans ses biens; 2° lorsque la perte qu'il a éprouvée est une suite naturelle de la position périlleuse que lui avait faite le contrat. Ainsi, le mineur qui, ayant emprunté une somme d'argent, l'a dissipée en folles dépenses, n'a rien à rendre. Il n'est pas admis, au contraire, à se prévaloir de la lésion lorsqu'elle résulte d'un cas fortuit postérieur au contrat et qu'il n'était pas facile de prévoir.

Art. 1311.

Les contrats faits sans l'emploi des formes protectrices de la minorité sont *nuls en la forme:* ces contrats sont-ils *nuls* ou seulement *annulables?*

Quel est l'intérêt de cette question?

1511. — Aux termes de l'art. 1311, les contrats faits sans l'emploi des formes protectrices de la minorité sont *nuls en la forme.* Dirons-nous que ces contrats sont *nuls* ou qu'ils sont seulement *annulables*?

PREMIER SYSTÈME. Ces contrats sont *nuls.* Le tuteur n'est, en effet, qu'un mandataire légal; or, il est de principe que le mandataire qui, en contractant, dépasse ses pouvoirs, n'oblige point celui qu'il était chargé de représenter. Les choses doivent donc se passer comme si le contrat avait été fait par un tiers complétement étranger au mineur. Dans ce système, la nullité, au lieu d'être prescriptible par dix ans à compter de sa majorité, est perpétuelle (1). — Toutefois, quoique ce contrat soit nul, le mineur peut valablement le ratifier (art. 1311 et 1998) : lui seul, par conséquent, peut en demander la nullité. C'est une exception au principe que les contrats *nuls* ne sont point susceptibles de ratification (voy. le n° 1484).

1512. — DEUXIÈME SYSTÈME. Ces contrats sont *annulables* seulement. Il est bien vrai que le mandataire *conventionnel* qui agit en dehors des termes de son mandat ne représente point son mandant, et qu'ainsi l'acte qu'il fait est tout aussi nul que s'il avait été fait par un tiers étranger au mandant. Mais il n'en est pas de même du mandataire *légal.* Le mandat du tuteur n'est point, en effet, subordonné à telle ou telle condition, à l'accomplissement des formalités prescrites pour la validité des actes qu'il pourra faire. De quelque manière qu'il agisse, il agit comme tuteur, il représente le mineur, conformément à l'art. 450. S'il agit mal, s'il ne remplit pas les formalités que la loi a prescrites dans l'intérêt du mineur, l'acte qu'il fait est irrégulier, sans doute; mais, tout imparfait qu'il est, cet acte a une certaine valeur juridique, puisqu'il émane du représentant du mineur. C'est un contrat annulable, qui pourra être anéanti si le mineur en demande la nullité, mais qui pourra être ratifié si le mineur a intérêt à ce qu'il subsiste. — Dans ce système, la nullité sera prescriptible par dix ans, à compter du jour où le mineur aura atteint sa majorité (2).

(1) M. Dur., t. X, n° 282.
(2) Marc., art. 1314.

CHAPITRE VI. — DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT.

34° *Répétition.*

1513. — I. *Observation sur la rubrique de ce chapitre.* — Cette rubrique, si on la prenait à la lettre, nous conduirait à dire que les preuves que nous allons étudier s'appliquent *uniquement :* 1° aux *obligations ;* 2° à l'extinction des obligations *par le paiement.* Il y a là une double erreur. En effet, tous les jours on prouve : 3° l'existence ou l'extinction des *droits réels ;* 4° l'extinction des obligations par d'autres modes que le paiement, et, par exemple, par la novation, la compensation, la remise de la dette.

La rubrique de ce chapitre est-elle exacte ?

Ainsi, la rubrique de notre chapitre est trop restreinte. Complétons-la en disant : *De la preuve des droits réels et personnels et de leur extinction.*

1514. — II. *Des différents sens du mot* PREUVE. — Dans son sens propre, la *preuve* est *la conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.* J'affirme que vous me devez 1,000 fr.; vous niez ; j'invoque à l'appui de ma prétention un billet signé de vous, par lequel vous vous reconnaissez débiteur de cette somme : quel est le fait inconnu ? L'existence de l'obligation dont je prétends que vous êtes tenu envers moi. Quel est le fait connu ? L'écrit que vous avez signé et qui contient l'aveu de votre obligation. Du fait connu, l'aveu de la dette, le magistrat tire cette conséquence : la dette existe. C'est cette conséquence, cette conclusion, qu'on appelle *preuve.*

Quels sont les différents sens du mot *preuve?*

Dans un sens détourné, on appelle *preuve* le fait connu duquel le magistrat tire la conséquence que le fait inconnu existe. C'est ainsi qu'on dit souvent : « Ce billet EST *la preuve* de mon droit. »

Ainsi, la preuve est tantôt la conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu, tantôt le fait connu lui-même d'où sortira la conséquence que le fait inconnu existe.

Art. 1315.

1515. — III. *A qui incombe la charge de la preuve.* — C'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à prouver qu'elle existe.

A qui, dans un procès, incombe la charge de la preuve ?

Cette preuve une fois faite, c'est au défendeur à prouver l'extinction de l'obligation dont l'existence a été établie.

La loi fait ici l'application de ces deux règles :

Actori incumbit probatio : au demandeur (*actori*) la charge de la preuve.

Reus excipiendo fit actor : le défendeur (*reus*) devient *demandeur* quant à l'exception qu'il invoque pour repousser la prétention qu'on élève contre lui.

La règle *actori incumbit probatio* ne doit pas être isolée de la seconde : car, si on la considérait seule, elle conduirait à dire que c'est à celui qui engage le procès, qui introduit l'action, à démontrer la fausseté des faits qui sont produits contre lui par le défendeur, aussi bien que la vérité de ceux qu'il produit lui-même. Nous

Comment doit-on entendre la règle *actori incumbit probatio?*

venons de voir qu'il n'en est pas ainsi ; que, si le demandeur doit prouver les faits qu'il invoque contre son adversaire (le défendeur), réciproquement celui-ci doit démontrer la vérité des faits sur lesquels il appuie sa défense. Ainsi, lorsqu'on dit que le fardeau de la preuve est à la charge du *demandeur*, il faut ajouter aussitôt : et par *demandeur* j'entends aussi bien la partie qui oppose une *exception* que celle qui introduit *l'action*.

Pourquoi est-ce à celui qui invoque une obligation à en prouver l'existence ? Pourquoi est-ce à celui qui se prétend libéré à justifier de l'extinction de son obligation ?

Cette théorie est fort rationnelle ; elle est tirée de la nature même des choses. La loi doit tenir pour constant ce qui, dans les rapports des hommes entre eux, constitue l'état normal et *habituel* ; les faits exceptionnels, les innovations à un état de choses existant, ne se présument pas. Or, entre les hommes, la condition de liberté est le fait habituel, l'état de choses existant. Qu'on prenne, en effet, deux hommes au hasard, et l'on découvrira presque toujours qu'ils sont indépendants l'un de l'autre, qu'il n'existe entre eux aucun lien, aucune obligation. Lors donc que vous soutenez qu'un lien existe de vous à moi, en d'autres termes, que je suis votre débiteur, vous invoquez un fait contraire à l'état de liberté qui est l'état habituel entre les hommes ; c'est à vous à prouver ce fait exceptionnel, cette innovation. Cette preuve une fois faite, l'innovation dont vous avez établi l'existence devient entre nous l'état de choses existant : si donc je prétends que cet état a cessé, que mon obligation est éteinte, c'est une innovation que j'invoque et qu'à mon tour je dois démontrer (1).

Lorsqu'un bien est revendiqué, à qui incombe la charge de la preuve ?

Le même principe régit les matières réelles. Les possesseurs sont presque toujours propriétaires de la chose qu'ils possèdent. Si donc vous soutenez que la maison que je détiens est à vous, vous invoquez une dérogation à ce qui arrive habituellement. C'est à vous, par conséquent, à le prouver. Si vous établissez que la maison vous a appartenu à telle époque et que je prétende qu'elle a cessé de vous appartenir, c'est-à-dire que j'en ai acquis la propriété, soit parce que je l'ai prescrite, soit parce que vous me l'avez vendue ou donnée, j'invoque un fait nouveau, contraire à la position que vous avez eue, et je dois en établir la vérité.

Tout le système de la loi se résume en cette formule bien simple : *quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait* (2).

Quel est le sens de ce brocard : *onus probandi ei incumbit qui dicit, non ei qui negat* ?

1516. — On dit souvent : *Onus probandi ei incumbit qui dicit, non ei qui negat*. Cette règle a besoin d'être bien comprise. *Is qui dicit*, c'est le plaideur qui met en avant une innovation à l'ordre naturel et régulier des choses, ou qui invoque un fait nouveau contraire à la position acquise de l'adversaire. *Is qui negat*, c'est celui qui soutient que cette innovation, que ce fait nouveau, n'existe point.

Les praticiens ne l'ont-ils pas quelque-

Les praticiens ont quelquefois interprété la règle d'une autre

(1) MM. Val. ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 324 ; Marc., art. 1315.
(2) Voy. M. Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, p. 30 et suiv. (3e édition).

manière. Suivant eux, *is qui negat*, c'est le plaideur qui met en avant un fait *négatif*. Ils en concluent que le plaideur qui invoque un fait *négatif* n'est pas tenu de le prouver, et ils donnent pour raison que la preuve d'un fait de cette nature est impossible : *Per rerum naturam*, disent-ils, *factum negantis probatio nulla est.*

fois interprété d'une autre manière?

Il y a là une grosse erreur. La preuve d'un fait *négatif* n'est ni plus ni moins difficile que la preuve d'un fait *affirmatif*. Tout le monde sait, en effet, qu'une négation sérieuse implique toujours une affirmation, et qu'ainsi la plupart des faits négatifs peuvent être prouvés en établissant l'existence d'un fait affirmatif incompatible avec le fait négatif allégué (1). Je prouverai, par exemple, que vous n'êtes pas *Français* en prouvant que vous êtes *Anglais*, que je n'ai pas contracté *librement* en établissant que j'ai été *violenté*, que je n'ai point commis tel crime en justifiant d'un *alibi*.

Est-il vrai, comme ils le disent, que la preuve d'un fait *négatif* est impossible?

Dans certains cas, il est vrai, ce mode de preuve sera impossible. Si, par exemple, je soutiens qu'une personne qui a toujours habité Paris *n'est jamais allée au Luxembourg*, il me sera bien difficile d'établir la vérité du fait que j'allègue : car il me faudrait, pour cela, présenter des témoins qui affirmassent qu'ils ont vu tous les jours cette personne, et à chaque instant du jour, partout ailleurs qu'au Luxembourg. Mais cette impossibilité ne vient pas de la circonstance que le fait allégué est négatif : car la même impossibilité se rencontre dans un fait affirmatif de même nature. Ainsi, il est bien évident que, si je soutiens que pendant trente, quarante ans, je suis allé tous les jours au Luxembourg, la preuve de ce fait sera tout aussi impossible que celle du fait précédent. Lorsque le fait allégué est indéfini, qu'il soit négatif ou affirmatif, la preuve en est impossible.

1517. — La partie qui n'établit point la vérité des faits qui servent de fondement à son action ou à son exception doit succomber en justice : en n'obtient que ce que l'on prouve.

Art. 1316.

1518. — IV. *Des différents moyens de preuves.* — La loi en reconnaît cinq, qui sont : 1° la preuve littérale; 2° la preuve testimoniale; 3° les présomptions; 4° l'aveu de la partie; 5° le serment.

Combien la loi reconnaît-elle d'espèces de preuves?

Ces cinq modes de preuves ne peuvent-ils pas être ramenés à trois?

Ces cinq modes de preuves n'en renferment, en réalité, que trois, qui, dans une méthode logique, se présentent dans l'ordre suivant :

1° L'*aveu;* 2° le *témoignage;* 3° les *présomptions.*

A l'*aveu* je rattache l'acte sous seing privé. Qu'est-ce, en effet, que le billet par lequel le signataire se reconnaît débiteur, si ce n'est un *aveu* écrit? — Ainsi, l'aveu est *verbal* ou *écrit : verbal* lorsqu'il est fait en présence de témoins ou en justice; *écrit* lorsqu'il est relaté dans un acte signé par celui qui l'a fait.

Au *témoignage* je rattache l'acte authentique. Qu'est-ce, en effet, que l'acte par lequel un officier public atteste que telles personnes se sont présentées devant lui, qu'elles ont fait telle convention,

(1) MM. Val.; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 325; Marc., art. 1315.

telle déclaration, si ce n'est un témoignage écrit? — Ainsi, le témoignage est *verbal* ou *écrit : verbal*, lorsque des tiers, sur les questions qui leur sont faites par un magistrat, répondent qu'ils ont vu ou entendu le fait qui est allégué par l'une des parties et méconnu par l'autre; *écrit*, lorsqu'un officier rapporte, dans l'acte qu'il dresse, les faits dont il a été témoin.

L'acte authentique qui a été signé des parties est tout à la fois un *témoignage* et un *aveu*.

Les *présomptions* sont les conséquences tirées d'un fait connu (autre que l'aveu ou le témoignage) à un fait inconnu (voy. l'explic. de l'art. 1349).

SECTION I. — DE LA PREUVE LITTÉRALE.

Combien la loi reconnaît-elle d'espèces d'écrits?

1319. — La preuve *littérale* est celle qui résulte des *écrits*.

Les écrits sont : 1° *authentiques* ou *sous seing privé*; 2° *originaux* ou *simples copies*; 3° *primordiaux* ou simplement *récognitifs*; 4° *signés* ou *non signés*.

§ I. — *Du titre authentique.*

Comment appelle-t-on, en droit romain, l'écrit qui est dressé pour faire preuve d'un droit?

Comment l'appelle-t-on en droit français?

Pourquoi l'appelle-t-on *titre*?

1320. — I. *Observations sur les mots* TITRE *et* ACTE. — En droit romain, l'écrit qui servait à constater un droit s'appelait *instrumentum*. Ce mot est aujourd'hui tombé en désuétude; il est remplacé, tantôt par le mot *titre*, tantôt par le mot *acte*.

Le mot *titre* vient du verbe *tueri*, *tueor*, qui veut dire *protéger*: c'est qu'en effet l'écrit qui constate votre droit le protége, puisque, d'une part, il en assure la conservation, et que, d'autre part, il vous fournit le moyen de le faire valoir en justice.

Le mot *acte* n'est-il pas plus usité que le mot *titre*?

Le mot *titre* n'est guère usité dans le Code. La loi ne l'applique jamais aux écrits sous seing privé; et, quant aux écrits authentiques, elle ne l'emploie qu'une seule fois, dans la rubrique même de notre paragraphe. Les écrits authentiques ou sous seing privé sont partout désignés sous le nom d'*actes*.

1321. — Ces mots *titre* et *acte* ont, dans nos lois, différents sens, qu'il importe de connaître.

Quels sont, en droit, les différents sens du mot *titre*?

Le mot *titre* signifie : 1° un écrit destiné à faire preuve en justice d'un événement générateur ou extinctif d'un droit : c'est en ce sens qu'il est employé dans la rubrique de notre paragraphe; 2° l'événement même d'où résulte la naissance du droit ou son extinction; c'est ainsi qu'on dit : « Je suis propriétaire *à titre de vente*, *à titre de donation*. » 3° Il est quelquefois synonyme de *qualité*; c'est en ce sens qu'il est employé dans cette phrase de l'art. 778 : « prendre le *titre d'héritier*. »

Du mot *acte*?

Le mot *acte* signifie : 1° l'écrit qui est destiné à faire preuve en justice d'un fait générateur ou extinctif d'un droit, l'écrit constatant *quod actum est*, ce qui s'est passé entre les parties; 2° un fait,

une action de l'homme. On le trouve employé dans l'un et l'autre sens, dans l'art. 778.

Art. 1317.

Qu'est-ce qu'un titre authentique?

1522. — II. *Définition du titre authentique ; des conditions auxquelles est subordonnée sa validité.* — « Le titre (ou l'acte) authentique est celui qui est reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. »

Quand les actes reçus par un notaire, maire ou greffier..., ne sont-ils pas authentiques?

Par un officier public... Les notaires, maires, greffiers, huissiers..., sont des officiers publics ; les actes qu'ils dressent sont authentiques. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'ils les dressent *en leur qualité d'officiers publics*. Or, les notaires, maires, greffiers, avoués et huissiers..., n'ont aucun caractère public, et ne diffèrent point des simples particuliers :

1° Lorsqu'ils sont, au moment de la rédaction de l'acte qu'ils reçoivent, régulièrement suspendus ou destitués (voy. l'explic. de l'art. 1318).

2° Lorsqu'ils n'ont pas été institués pour dresser l'acte qu'ils reçoivent, je veux dire lorsque l'acte qu'ils dressent ne rentre point dans leurs attributions. Ainsi, le notaire qui dresserait un acte de l'état civil, un acte de naissance, par exemple, ne ferait point un acte authentique.

3° Lorsqu'ils reçoivent un acte dans un lieu où ils n'ont pas le droit d'instrumenter (voy. l'art. 5 de la loi de ventôse *sur le notariat*). Ainsi, par exemple, ce ne serait pas un acte authentique que celui qui serait dressé à Paris par un notaire de Marseille. L'officier public doit donc être compétent : 1° eu égard à la nature de l'acte qu'il dresse ; 2° eu égard au lieu où il le reçoit.

4° Lorsqu'ils agissent sans remplir les solennités requises par la loi. Quant aux actes notariés, les solennités consistent dans la signature du notaire, la présence et la signature des témoins ou d'un second notaire, et enfin la signature des parties (art. 68 de la loi de ventôse *sur le notariat ;* voy. aussi, sous le n° 654, ce que j'ai dit sur la *présence* des témoins ou du second notaire à la rédaction de l'acte).

Art. 1319, 1er alinéa.

L'acte qui a les signes apparents d'un acte authentique est-il réputé l'être réellement?

Quels sont les motifs de cette présomption?

1523. — III. *De la force probante de l'acte authentique.* — L'écrit qui a les caractères et les signes *apparents* d'un acte authentique est réputé l'être *réellement*.

Cependant, dira-t-on, rien n'établit que la signature qui est au bas de l'acte qu'on présente comme acte authentique n'est point fausse ! — Sans doute ; mais de fortes considérations ont fait rejeter la supposition d'un faux : 1° Ce faux est très-difficile à commettre : car la signature d'un officier public est très-connue et son paraphe très-compliqué, ce qui en rend l'imitation peu praticable. J'ajoute que la signature des officiers publics est accompagnée d'un sceau particulier, dont la contrefaçon n'est possible qu'en supposant un concours de circonstances et de faits extrêmement rare dans la pratique. 2° Le faux en écriture publique est un crime qui rend celui qui le commet passible de la peine des tra-

vaux forcés. Or, la loi, on le conçoit, ne devait pas présumer l'existence d'un crime si difficile à commettre, et qui entraîne contre son auteur des conséquences si terribles.

Les faits rapportés dans un acte authentique sont-ils reputés vrais ?

Quels sont les motifs de cette seconde présomption ?

1524. — Tous les faits rapportés dans l'écrit qui a les signes apparents d'un acte authentique sont réputés vrais.

Cependant, dira-t-on, rien ne prouve que le notaire a été un narrateur fidèle des faits qui se sont passés devant lui ! — Rien ne le prouve, sans doute; mais que de fortes raisons pour le croire! 1° Le notaire qui commet un faux est puni de la peine des travaux forcés ; or, il est peu probable qu'un homme qui a dans le monde une position honnête et honorée, qui y est heureux, s'expose, dans l'espoir d'un gain pécuniaire, à une peine aussi terrible. — 2° Le notaire (au moins dans les actes importants) n'instrumente point seul ; il est *assisté* d'un second notaire ou de deux témoins : il ne peut donc commettre un faux qu'à la condition de tromper la surveillance de ceux qui doivent signer avec lui l'acte qu'il reçoit, ce qui est fort difficile, ou de les avoir pour complices, ce qui est bien plus difficile encore. Un fait d'une pratique aussi difficile ne devait pas être supposé.

Ainsi, la force probante de l'acte authentique est fondée sur une double présomption : 1° l'écrit qui a l'apparence d'un acte authentique est réputé l'être réellement ; — 2° l'officier public est réputé être un narrateur fidèle des faits qu'il a lui-même accomplis ou qui se sont passés devant lui.

En conséquence, l'acte qu'il a dressé fait pleine foi : 1° de sa date ; 2° des conventions, déclarations, aveux, paiements et numérations d'espèces, qui y sont relatés.

L'acte authentique ne fait-il pleine foi des conventions qu'il renferme qu'à l'égard des parties contractantes et de leurs ayant-cause ?

La loi n'a-t-elle pas ici confondu deux choses qui pourtant sont bien distinctes ?

1525. — Mais cette force probante de l'acte authentique, cette présomption de vérité, est-elle seulement *relative* ou est-elle *absolue ?* En d'autres termes, l'acte authentique fait-il foi entre les parties et leurs ayant-cause *seulement ?* ou bien fait-il foi et *entre les parties* et *à l'égard des tiers ?*

Si nous ne consultons que le texte de notre article, le premier système est seul admissible : l'acte authentique fait pleine foi entre les parties et leurs ayant-cause *seulement*. Mais tout le monde reconnaît que le Code a fait ici une confusion entre la force *probante* de l'acte et les *effets juridiques*, *les conséquences*, du fait qui s'est passé devant l'officier public et qu'il a rapporté dans l'acte (1).

Le notaire est réputé narrateur fidèle, *à l'égard de tous*. Ainsi, l'acte qu'il a dressé fait foi, *à l'égard de toutes personnes et contre toutes personnes*, des faits qu'il a énoncés comme les ayant accomplis lui-même, ou comme s'étant passés devant lui.

Ces faits produisent entre les parties et leurs ayant-cause des effets juridiques. Ces effets seront-ils opposables aux tiers ? les tiers pourront-ils les invoquer ? C'est une autre question, tout à

(1) MM. Val. ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 367; Marc., art. 1319.

fait étrangère à la force *probante* de l'acte, et qui doit être résolue d'après les principes généraux du Code sur les effets des conventions. Éclairons cette théorie par quelques espèces.

Un acte authentique porte que *Primus* et *Secundus* se sont présentés, tel jour, devant tel notaire; qu'ils ont fait une transaction, par laquelle *Primus* a reconnu que sa maison A était grevée d'une servitude au profit d'un immeuble appartenant à *Secundus :* cette transaction et l'aveu qu'elle renferme sont vrais pour tout le monde. Mais la *réalité* de *l'aveu* prouve-t-elle la *réalité* de la *servitude ?* Oui, à l'égard de *Primus*, qui a fait la transaction, et de ses ayant-cause, c'est-à-dire de tous ceux qui, *postérieurement* à cette transaction, acquerront, soit à titre de succession, soit en vertu d'un contrat de vente, de donation ou d'échange, la maison sur laquelle *Primus* a transigé; non, à l'égard *des tiers*, c'est-à-dire de ceux qui, *avant cette transaction*, avaient acquis sur la même maison des droits qui souffriraient de l'existence de la servitude : la transaction ne peut pas leur être opposée, parce que *Primus* n'a pas pu, en contractant avec *Secundus*, anéantir ou amoindrir des droits qu'il avait concédés à d'autres personnes. Ici l'acte fait bien foi de la convention à l'égard de tous; mais, conformément à l'article 1165, cette convention ne produit point ses effets contre les tiers.

Un acte authentique porte que *Primus* et *Secundus* se sont présentés, tel jour, devant tel notaire ; que *Primus* a déclaré vendre, pour la somme de..., la maison A; que *Secundus* a déclaré accepter la vente aux conditions qui lui ont été offertes : la vente, dont cet acte fait mention, est un fait qui existe pour tout le monde, qui est vrai à l'égard de tous. Si donc un tiers a quelque intérêt à établir ce fait, il peut, pour le prouver, invoquer l'acte qui le constate. Supposons, par exemple, que la maison qu'a vendue *Primus* faisait partie d'une succession ouverte à son profit : si les créanciers de la succession soutiennent que *Primus* a fait acte d'héritier pur et simple en aliénant cette maison (art. 778), et que *Primus* nie la vente, ils invoqueront contre lui l'acte authentique qui en fait preuve. Voilà donc un cas où l'acte authentique peut être, *comme moyen de preuve*, invoqué par un tiers contre l'une des parties.

1526. — En résumé, l'acte authentique prouve, *erga omnes*, l'existence de la convention. « Ce qu'il y a de plus pour les parties que pour les tiers, c'est qu'elles sont obligées. Elles ne le sont, toutefois, qu'en vertu de la convention dont l'écrit est la preuve; et c'est de cette convention qu'il est vrai de dire qu'elle ne nuit pas aux tiers » (1).

Art. 1320.

La loi distingue dans les actes, les clauses *énonciatives* des clauses *dispositi-*

1527. — Un acte authentique peut contenir tout à la fois des clauses *dispositives* et des clauses *énonciatives*.

Les clauses *dispositives* sont celles où se trouve relatée l'opération que les parties ont eue principalement en vue. Les clauses

(1) M. Bonn.; Marc., art. 1315.

ves, qu'entend-elle par ces mots?

L'acte authentique fait-il pleine foi quant aux clauses *énonciatives?*

Quelle distinction la loi fait elle à cet égard?

énonciatives sont celles où se trouve relaté un fait qui pourrait être retranché de l'acte, sans altérer la substance de l'opération principale.

L'acte authentique fait-il pleine foi quant aux clauses qui sont simplement *énonciatives?* La loi distingue. Les clauses énonciatives font pleine foi, *quand elles ont un rapport direct avec la disposition*, c'est-à-dire avec l'opération principale qui est relatée dans l'acte. Les clauses énonciatives qui ont pour objet des faits étrangers à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

Les premières font pleine foi, parce que celle des parties qui avait intérêt à les contester, et, par suite, à ne pas les laisser mettre dans l'acte a, par son silence, reconnu tacitement la vérité des faits déclarés par l'autre partie.

Les secondes ne font pas pleine foi, elles ne servent que d'un commencement de preuve, parce que, celle des parties à laquelle on les oppose n'ayant pas, au moment de la convention, un intérêt marqué à les faire insérer dans l'acte ou à les contredire, les énonciations qu'elles contiennent ont pu être faites et insérées par inadvertance.

1528. — Quelques espèces suffiront pour expliquer et justifier ce système.

Soit un acte authentique, conçu en ces termes : « *Primus* a déclaré être débiteur envers *Secundus* d'une rente de 500 fr. par an, dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour... »

Primus a déclaré *être débiteur d'une rente...* c'est la clause dispositive.

Dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour... c'est la clause *énonciative*. Elle a un rapport direct avec le *dispositif :* elle fera pleine foi, par conséquent. *Secundus* ne l'eût pas laissé insérer dans l'acte s'il n'eût pas reconnu que le fait énoncé, le paiement des arrérages échus, était conforme à la vérité. Qu'il ne dise pas qu'il n'y a pas pris garde, qu'elle ne l'a pas frappé : car elle avait un rapport trop intime avec l'objet principal de l'acte, et elle engageait trop ouvertement son intérêt, pour qu'on puisse supposer qu'elle a passé inaperçue. Ainsi, son silence est un aveu tacite.

L'acte prouve donc : 1° la déclaration qui a été faite par *Primus ;* 2° le silence qu'a gardé *Secundus*, et, par conséquent, la réalité du fait déclaré. Et cette preuve n'existe pas seulement entre les parties, elle existe pour tous ceux qui ont un intérêt légitime à prouver qu'en effet *Primus* a payé les arrérages de la rente dont il s'est reconnu débiteur.

Un acte authentique porte : « *Primus* a prêté à *Secundus* 1,000 fr., que *Tertius* lui avait précédemment donnés. »

Primus a prêté 1,000 fr. *à Secundus...* c'est la clause *dispositive.*

Les 1,000 *fr. que Primus a prêtés* LUI ONT ÉTÉ DONNÉS *par Tertius...* c'est la clause *énonciative*. Cette clause n'a pas un rapport direct avec le dispositif; elle lui est même complétement étran-

gère. En conséquence, elle ne fera pas pleine foi contre *Primus* du fait énoncé. Mais elle pourra servir de commencement de preuve au profit de tous ceux qui auront intérêt à prouver l'existence de la donation. Qu'on suppose, par exemple, que *Primus* succède à *Tertius ;* ses cohéritiers pourront lui dire : « Le défunt vous a donné, en son vivant, la somme de 1,000 fr. ; vous en devez le rapport à la succession. » S'il nie la donation, les demandeurs lui opposeront la déclaration qu'il a faite dans l'acte authentique. Cette déclaration ne fait pas, il est vrai, preuve complète : car, comme elle n'avait pas un rapport direct avec le dispositif, il est possible que *Primus* l'ait faite par inadvertance et qu'il se soit trompé en la faisant ; mais elle rend au moins vraisemblable l'existence du fait déclaré, de la donation, ce qui autorise les demandeurs à compléter cette semi-preuve par la preuve testimoniale, conformément à l'art. 1347.

Art. 1319, 2e alinéa.

Les actes notariés sont-ils dressés en *minute* ou en *brevet* ?

La *minute* est-elle exécutoire ?

A quelles formes est subordonnée la force exécutoire de la *grosse* ?

1529. — IV. *De la force exécutoire de l'acte authentique.* — Les notaires sont tenus de garder *minute* des actes qu'ils reçoivent. La *minute* est l'acte sur lequel se trouve la signature du notaire, des témoins et des parties, en d'autres termes, l'*original*. Le notaire ne doit pas la délivrer aux parties ; la loi veut qu'il la conserve dans ses archives (1).

La *minute* est un acte *authentique ;* ce n'est pas un acte *exécutoire*. Ce qui est exécutoire, c'est la copie de la minute. Cette copie est délivrée par le notaire ; on l'appelle *grosse*, parce qu'elle est écrite en grosses lettres, tandis que la *minute* est minutée, c'est-à-dire écrite en petits caractères.

La force exécutoire de cette copie est subordonnée à certaines formalités. Il faut :

1° Qu'elle soit *légalisée*, lorsqu'elle est produite en dehors du ressort de la Cour impériale, si elle est délivrée par un notaire résidant dans la ville où siége la Cour impériale, ou en dehors du département, si elle est délivrée par tout autre notaire. La *légalisation* est donnée par le président du tribunal de première instance de la résidence du notaire (2). Elle a pour but de certifier véritable la signature du notaire, qui n'est pas réputée connue en dehors du ressort de la Cour impériale ou du département où il exerce ses fonctions. Elle consiste dans une attestation mise au bas de l'acte et par laquelle le président du tribunal (3) certifie que la signature qui est au bas est bien celle du notaire.

2° Qu'elle porte en tête le même intitulé que les lois et qu'elle soit terminée par un mandement ou ordre aux officiers de justice

(1) Cependant, par exception, certains actes peu importants peuvent être délivrés en *brevet*. On appelle *brevet* l'original que le notaire n'est pas tenu de garder, qu'il peut délivrer aux parties. Voy. l'art. 20 de la loi de ventôse.

(2) Aux termes de la loi du 2 mai 1861 (art. 1), « les juges de paix qui ne siégent pas au chef-lieu du ressort d'un tribunal de première instance sont autorisés à légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les signatures des notaires qui résident dans leur canton... »

(3) Ou le juge de paix.

et aux agents de l'autorité de prêter main-forte à l'exécution de l'acte (art. 545, C. pr.). C'est en vertu de cette formule exécutoire que le créancier peut saisir et faire vendre les biens de son débiteur qui refuse de payer, et que le propriétaire peut se faire mettre, *manu militari*, en possession de la chose injustement détenue par son débiteur.

Tous les actes *exécutoires* sont-ils authentiques, et réciproquement?

1530. — Tous les actes *exécutoires* sont *authentiques:* car les actes authentiques sont seuls susceptibles d'être revêtus de la formule exécutoire. Mais la réciproque n'est pas vraie. Ainsi, la minute est *authentique* sans être *exécutoire*. Il existe même des actes authentiques qui ne sont pas susceptibles de recevoir la formule exécutoire : tel est le procès-verbal de conciliation rédigé par un juge de paix (voy. l'explic. de l'art. 54, C. pr.).

Lorsqu'un acte authentique est invoqué en justice, est-ce à la partie qui l'invoque à en prouver la sincérité, ou à celle qui le combat à en prouver la fausseté?

1531. — V. *Par quelles voies un acte authentique peut être attaqué, et, lorsqu'il est attaqué, quelle est l'influence de cette attaque sur sa force probante et exécutoire.* — La partie à laquelle on oppose un acte authentique et qui veut le combattre ne doit pas se borner à dire qu'il est faux et à rejeter sur l'autre partie la nécessité de prouver qu'il est sincère. Il a pour lui présomption de vérité (voy. les nos 1523 et s.) : c'est donc à celle des parties qui l'attaque à démontrer sa fausseté. Il ne lui est même pas permis de le combattre par les voies ordinaires ; la loi a tracé une marche particulière, une procédure spéciale, dont elle ne doit pas s'écarter.

Elle peut l'attaquer de deux manières : 1° par la voie *criminelle ;* 2° par la voie *civile*. L'attaque par la voie *criminelle* s'appelle *plainte en faux principal*. L'attaque par la voie *civile* prend le nom de *plainte en faux incident* (1) *civil ;* on l'appelle aussi *inscription en faux*, parce que la partie qui forme la plainte en faux doit faire mentionner, sur un registre spécial qui existe à cet effet au greffe du tribunal, l'intention où elle est d'attaquer l'acte produit contre elle (art. 218, C. pr.).

Quel est l'effet de la plainte en faux lorsqu'elle réussit?

1532. — Si la plainte en faux réussit, si le faux est reconnu, soit au criminel, soit au civil, l'acte perd, dès ce moment, sa force probante et sa force exécutoire.

Mais quel effet produit-elle *pendente lite*? Suspend-elle l'exécution de l'acte attaqué?

Quelle distinction la loi fait-elle à cet égard?

Mais quel est l'effet de la plainte sur laquelle le tribunal qui en est saisi n'a pas encore prononcé? Malgré cette attaque, l'acte continue-t-il d'être exécutoire pendant le procès? Son exécution est-elle, au contraire, suspendue par le seul fait de l'attaque qui est dirigée contre lui?

Selon notre ancien droit, l'acte en forme authentique continuait d'être exécutoire tant que le faux n'avait pas été judiciairement reconnu. « Jusque-là, disait-on, foi provisoire est due à l'acte, car le crime ne se présume point. »

(1) *Incident*, parce que le plus souvent cette attaque est formée pendant le cours d'un autre procès. Mais, bien évidemment, une plainte en faux peut être *principale*, quoiqu'intentée *au civil*, de même qu'elle peut être *incidente*, quoiqu'intentée *au criminel*.

Ce système présentait un très-grave inconvénient : il permettait aux créanciers de saisir les biens de leurs débiteurs, alors même que des circonstances graves rendaient probable la fausseté de l'acte en vertu duquel ils agissaient. Le Code l'a abandonné. Aujourd'hui, l'acte authentique perd sa force exécutoire à partir du moment où de graves probabilités de faux s'élèvent contre lui. Mais quel est ce moment ? On distingue :

S'agit-il d'une plainte *en faux principal*, c'est-à-dire d'une plainte dirigée *au criminel :* la force exécutoire de l'acte est, *de plein droit*, suspendue par *la mise en accusation*. On sait qu'avant de saisir la Cour d'assises, la Chambre des mises en accusation doit examiner s'il y a ou non lieu de poursuivre : si les faits apparents, les circonstances connues, rendent probable le crime qui doit faire l'objet du procès, elle autorise la poursuite. Cette autorisation prend le nom de *mise en accusation*. La mise en accusation rend vraisemblable l'existence du faux : dès ce moment, l'exécution de l'acte est, de plein droit, suspendue.

S'agit-il d'un faux incident civil : aucune époque de la procédure ne pouvait être particulièrement indiquée par la loi : on a donc laissé au tribunal le pouvoir de suspendre provisoirement ou de maintenir l'exécution de l'acte, suivant qu'il s'élève ou non de graves présomptions contre sa sincérité.

Art. 1318.

Dans quels cas les actes sont-ils nuls comme actes authentiques ?

1533. — VI. *Des actes nuls comme actes authentiques.* — Nous avons vu, sous le n° 1522, que l'authenticité de l'acte est subordonnée à certaines conditions de compétence, de capacité et de formes : si l'une de ces conditions manque, l'acte n'est point authentique.

La nullité de l'acte authentique entraîne-t-elle la nullité de la convention qui y est relatée ?

Mais la nullité de l'acte authentique entraîne-t-elle la nullité de la convention qui y est relatée ? On distingue. Si la convention est de celles qui ne peuvent être faites que dans la forme authentique, si c'est un contrat de donation (art. 931), de mariage (article 1394), ou d'hypothèque (art. 2127), tout est nul, l'acte et la convention qui y est rapportée. Si, au contraire, la convention qu'il constate est un contrat consensuel, je veux dire un contrat qui peut se former par le seul consentement des parties, indépendamment de toute formalité, un contrat de vente, par exemple, la nullité de *l'acte authentique* n'entraîne point la nullité de la convention (à moins pourtant qu'il ne soit démontré que les parties ont considéré l'authenticité de l'acte qu'elles ont fait dresser comme une condition essentielle à la validité de leur convention.

1534. — Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contrat consensuel, la convention est valable nonobstant la nullité de l'acte authentique où elle est relatée. Son existence peut être prouvée soit par l'aveu ou le serment des parties, soit par la preuve testimoniale, lorsqu'on se trouve dans l'une ou l'autre des hypothèses prévues par les art. 1341 et 1347.

L'acte nul comme acte authentique vaut-il comme acte sous

Mais peut-elle l'être au moyen de l'acte même que la loi déclare nul comme acte authentique ? On distingue :

seing privé, dans le cas où il est signé des parties?

Si l'acte qui est nul comme acte authentique n'est point signé des parties, il ne vaut, à aucun titre, ni comme acte authentique, ni comme acte sous seing privé. Il ne peut point être produit en justice; il n'a aucune force probante.

Si, d'une part, il est signé des parties, et si, d'autre part, les conditions prescrites par les art. 1325 et 1326 ont été remplies, il vaut alors, cela est évident, comme acte sous seing privé.

Mais que décider dans le cas (et ce cas est celui qui aura presque toujours lieu) où les conditions prescrites par les art. 1325 et 1326 pour la validité des actes sous seing privé n'ont pas été observées?

1535. — Mais, s'il est seulement signé des parties? J'admets la même solution, conformément aux termes précis et positifs de l'art. 1318. Cet article est ainsi conçu : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de formes, vaut comme acte sous seing privé, *s'il a été signé des parties.* » On le voit, l'acte vaut par cela seul qu'il a été *signé* des parties; la loi n'exige aucune autre condition. Tout nous montre d'ailleurs qu'elle raisonne dans l'hypothèse où les formalités des art. 1325 et 1326 n'ont pas été observées. En effet:

1° Il eût été bien inutile de faire une disposition expresse pour nous apprendre que les actes qui réunissent toutes les conditions prescrites pour la validité des actes sous seing privé valent comme actes sous seing privé;

2° C'eût été prévoir une hypothèse à peu près impossible, et, par suite, faire une disposition sans objet, que de régler un pareil cas. On conçoit, en effet, que les parties qui croient faire un acte authentique ne pensent point à remplir les formalités prescrites pour la validité d'un acte auquel elles ne songent point;

3° Les motifs sur lesquels sont fondées les formalités prescrites par les art. 1325 et 1326 ne s'appliquent point aux actes qui ont manqué d'être authentiques par suite de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier, ou par suite d'un défaut de formes. Les doubles prescrits par l'art. 1325 sont, en effet, exigés afin que chacune des parties ait un moyen de prouver le contrat (voy. l'explication de l'art. 1325); or, dans l'espèce, l'acte qui a été dressé restant dans les archives du notaire qui l'a reçu (voy. n° 1529), chacune des parties peut se le procurer et le produire en justice à l'appui de sa prétention. La formalité du *bon pour la somme de...* a pour but de prévenir des surprises et l'abus des blanc-seings (voy. l'expl. de l'art. 1326); or, ces surprises, ces abus, ne sont pas à craindre lorsque l'acte est rédigé par un officier public (1).

1536. — Notre article doit donc être ainsi entendu :

« L'acte qui ne vaut pas comme acte authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de formes, vaut comme écriture privée, s'il est signé des parties, quoiqu'il ne réunisse pas d'ailleurs les autres conditions prescrites par les art. 1325 et 1326 pour la validité des actes sous seing privé.»

Il n'est même pas nécessaire qu'il soit signé de *toutes* les parties

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 374; Marc., art. 1318.

lorsqu'il constate un contrat *unilatéral*. Dans ce cas, la signature du débiteur suffit.

La règle que les actes nuls comme authentiques valent comme actes sous seing privé, est-elle absolue? Dans quels cas est-elle applicable? Dans quels cas ne l'est-elle pas?

1537. — Notre article, étant une disposition de faveur, ne doit pas être étendu en dehors des cas qu'il prévoit. Examinons-les.

1° Acte qui n'est pas authentique *pour défaut de formes*. — Ce cas ne donne lieu à aucune difficulté.

2° Acte qui n'est pas authentique par incompétence de l'officier. — Il faut ici remarquer que la loi n'entend parler que de l'incompétence *territoriale*. Ainsi, lorsqu'un acte est reçu à Paris par un notaire de Marseille, l'acte n'est pas authentique, sans doute ; mais, s'il est signé des parties, il vaut comme écriture privée.

Il en est autrement de l'acte qui n'est pas authentique par l'incompétence *absolue* et matérielle de l'officier qui l'a reçu. Ainsi par exemple, un acte de vente qui serait dressé par un huissier ou par un maire ne vaudrait même pas comme acte sous seing privé, s'il n'était fait double et avec la mention de l'observation de cette formalité.

A bien plus forte raison, en dirons-nous autant de l'acte rédigé par une personne qui n'a aucun caractère public, par un simple particulier qui a su usurper les fonctions de notaire.

La loi ne doit, en effet, aucune protection aux parties qui ont confondu un huissier avec un notaire, ou qui ont eu la sottise de prendre pour un officier public le premier venu qui s'est dit investi d'une qualité qu'il n'avait pas : une aussi grossière erreur ne mérite aucune indulgence (1).

1538. — 3° Acte qui n'est pas authentique par *l'incapacité* de l'officier... — Tel est le cas où l'acte est reçu par un notaire parent ou allié de l'une des parties, en ligne directe, à tous les degrés, ou, en ligne collatérale, au degré d'oncle ou de neveu.

Quid, de l'acte qui a été reçu par un notaire suspendu, destitué ou remplacé?

— En ce qui touche les actes reçus par un notaire suspendu, destitué ou remplacé, une distinction est nécessaire. L'acte reçu *depuis* que la suspension, la destitution ou le remplacement a été notifié au notaire, n'est pas authentique ; mais il vaut comme écriture privée, s'il est signé des parties. Il est authentique, au contraire, s'il a été reçu *avant* cette notification : car jusque-là le notaire suspendu, destitué ou remplacé, conserve son caractère d'officier public (art. 52 de la loi du 25 ventôse).

Quid, de l'acte reçu par un étranger, institué notaire par le Gouvernement, qui s'était trompé sur son état?

J'en dis autant de l'acte reçu par un simple particulier, incapable d'être notaire, par exemple, par un étranger, mais à qui le Gouvernement a, par erreur, accordé une nomination en bonne forme : cet acte est authentique. Dans l'espèce, en effet, les parties ne sont pas coupables d'imprudence; aucune faute ne peut leur être reprochée : partant, elles ne doivent point souffrir de l'erreur que l'autorité a commise (2).

Art. 1321.

1539. — VII. *Des contre-lettres*. — On entend ici par *contre-*

(1) MM. Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 374.
(2) MM. Dur., t. XIII, n° 77; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 359.

Qu'est-ce qu'une *contre-lettre*?

lettre un écrit (authentique ou sous seing privé) destiné à rester secret entre les parties, et par lequel elles annulent ou modifient une convention relatée dans un autre acte (authentique ou sous seing privé) qui est destiné à être montré au public.

Entre quelles personnes produit-elle son effet?

« La contre-lettre ne peut avoir son effet qu'entre les parties contractantes ; elle n'a point d'effet *contre* les tiers. »

Est-elle opposable aux tiers?

Un acte porte que *Primus* a vendu, moyennant la somme de 10,000 fr., sa maison à *Secundus ;* par un second acte (fait en même temps que le premier ou postérieurement) les parties déclarent que la vente qui est relatée dans le premier n'est par sérieuse, qu'en réalité *Primus* n'a pas vendu sa maison à *Secundus:* ce second acte est une *contre-lettre.*

Entre les parties, c'est-à-dire entre *Primus* et *Secundus*, le fait énoncé dans la contre-lettre est tenu pour vrai : entre eux, la réalité l'emporte sur la fiction. Si donc la maison A se trouve en la possession de *Secundus*, *Primus* pourra la revendiquer contre lui; et, si *Secundus* se défend en invoquant l'acte de vente, *Primus* le combattra par la contre-lettre.

Mais, à l'égard des tiers intéressés à ce que la convention rapportée dans l'acte ostensible soit considérée comme sérieuse et réelle, la contre-lettre est sans effet; elle ne peut pas leur être opposée. Si donc *Secundus* a vendu ou donné la maison que *Primus* a feint de lui vendre, ou s'il l'a grevée, soit d'une servitude, soit d'une hypothèque, *Primus* sera tenu de respecter cette aliénation totale ou partielle de sa chose, sauf à recourir en dommages et intérêts contre *Secundus.*

Que faut-il entendre ici par *tiers?*

1540. — La contre-lettre, ai-je dit, n'est pas opposable aux *tiers.* Que faut-il entendre par *tiers?*

Dans les actes authentiques, les *tiers* sont ceux qui ont acquis, du chef de l'une des parties, et *antérieurement* à la convention relatée dans l'acte, soit la chose même qui a fait l'objet de la convention, soit un droit sur cette chose, par exemple, une servitude, une hypothèque; les *ayant-cause* sont ceux qui, *postérieurement* à la même époque, ont acquis des droits sur la chose qui a fait l'objet de la convention relatée dans l'acte (voy. le n° 1525).

En matière de contre-lettres, le mot *tiers* a un sens plus étendu: il s'entend même de ceux qui ont traité avec l'une ou l'autre des parties, *postérieurement* à l'opération qui est relatée dans l'acte ostensible et démentie dans la contre-lettre. Ainsi, les tiers auxquels la contre-lettre n'est pas opposable sont les ayant-cause des parties.

Mais, bien entendu, il n'est ici question que des ayant-cause *particuliers :* la contre-lettre produit donc son effet entre les parties et *leurs héritiers* ou successeurs universels (1).

La contre-lettre, qui ne peut pas être invoquée *contre*,

Remarquons, enfin, qu'aux termes de notre article, la contre-lettre n'a point d'effet *contre* les tiers : elle peut donc être invo-

(1) M. Bonn.; Marc., art. 1321.

quée *par* eux, lorsqu'elle leur est favorable. Ainsi, un acte de vente porte que *Primus* a vendu sa maison moyennant une somme de 10,000 fr. ; selon la contre-lettre, le prix porté dans l'acte de vente n'est pas le prix véritable, le prix réel est de 15,000 fr. : les créanciers de *Primus* pourront réclamer, de son chef, 15,000 fr. à l'acheteur, et invoquer, à l'appui de leur prétention, la contre-lettre où il est dit que cette somme est, en effet, le prix réel.

peut-elle être invoquée *par* les tiers ?

1541. — Il arrive souvent que les parties relatent, dans leurs actes ostensibles, un prix inférieur au prix réel, et qu'elles rétablissent la vérité par une contre-lettre. Cette dissimulation, cet amoindrissement du prix, est une fraude aux droits du Trésor : car, plus le prix est élevé, plus fort est le droit à percevoir par le fisc.

La loi ne punit-elle point les parties qui, dans un acte de vente, énoncent un prix inférieur au prix réel qu'elles rétablissent par une contre-lettre? Cette pénalité a-t-elle été maintenue par le Code ?

L'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII *sur l'enregistrement* a cherché à prévenir cette fraude par une double pénalité. Il porte : 1° qu'une amende triple de la somme qui aurait été due pour droit d'enregistrement sera payée au fisc ; 2° que la contre-lettre sera nulle entre les parties, et qu'ainsi le vendeur ne pourra réclamer que le prix porté dans l'acte de vente. La première pénalité existe encore. Quant à la seconde, on décide généralement qu'elle est abrogée. Cela résulte très-clairement, et aussi formellement que possible, d'une discussion qui s'engagea au Conseil d'État, sur cette question, entre les rédacteurs du Code (1).

§ II. — *De l'acte sous seing privé.*

35e *Répétition.*

La rubrique de notre paragraphe est-elle exacte ?

1542. — Ce paragraphe s'occupe : 1° des actes *signés* par les parties ; 2° des actes privés *non signés*. Sa rubrique est donc trop restreinte. Il fallait dire : *Des actes privés.*

Qu'est-ce qu'un acte *sous seing privé?*

1543. — I. *De l'acte sous signature privée.* — L'acte sous signature privée est celui qui est fait sans l'intervention d'un officier public, et sous la seule signature des parties.

Tous les contrats peuvent-ils être prouvés par acte sous seing privé?

— Il peut servir à prouver tous les contrats, de quelque nature qu'ils soient, sauf cependant les *contrats solennels.*

Les parties qui contractent sont-elles libres de faire dresser un acte authentique ou un acte sous seing privé?

Dans les contrats solennels, l'authenticité de l'acte étant de l'essence du contrat, les parties *ne peuvent pas n'y pas recourir.* Elle est, au contraire, *facultative*, dans les contrats *consensuels.* Ainsi, les parties qui font un contrat de vente, de louage, d'échange..., et qui veulent en avoir une preuve écrite, peuvent, à leur choix, dresser elles-mêmes un écrit à cet effet, ou le faire dresser par un notaire. — Mais l'acte sous seing privé, nous le verrons bientôt, ne présente point les mêmes avantages que l'acte authentique.

L'acte sous seing privé vaut-il l'acte authentique ?

1544. — *Des formalités auxquelles est subordonnée la validité des actes sous seing privé.* — Elles varient suivant la nature du fait à constater. Il faut, à cet égard, distinguer trois hypothèses.

Quelles sont les formalités auxquelles est subordonnée la validité d'un acte sous seing privé?

PREMIER CAS. *Acte dressé pour constater un contrat synallagmatique.*

(1) M. Bonn.; Marc., art. 1321.

Art. 1325.

A quelles formalités sont soumis les actes sous seing privé, lorsqu'ils sont dressés pour constater un contrat *synallagmatique*?

— Cet acte n'est valable et ne peut faire preuve en justice qu'autant que trois conditions concourent. Il faut :

1° Qu'il soit signé de toutes les parties.

2° Qu'il soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; un seul original suffit pour les parties qui ont le même intérêt. Soit une vente faite par *Primus* à *Secundus* : l'acte de vente doit être fait *double.* Soit un contrat de société fait entre trois ou quatre..... personnes, ayant chacune un intérêt distinct : l'acte doit être fait *triple* ou *quadruple.* Mais, si *Primus, Secundus* et *Tertius* vendent à *Quartus* un immeuble dont ils sont propriétaires par indivis, il suffit que l'acte soit fait en deux originaux, l'un pour les trois vendeurs, qui ont un intérêt commun, l'autre pour l'acheteur.

3° Que chaque original contienne la *mention* de l'observation de la formalité des doubles... Ainsi, par exemple, il ne suffit pas qu'un acte de vente soit fait, en réalité, en deux originaux. Il faut, en outre, que chaque original porte la mention qu'il a été fait double...; ce qui s'exprime par ces mots, placés au bas de l'acte : « Fait double..., » ou, s'il y a trois, quatre parties ayant un intérêt distinct : « Fait triple ou quadruple... »

Cette mention est fort utile : sans elle, en effet, celle des parties qui se repentirait d'avoir contracté, et qui voudrait se soustraire aux conséquences du contrat qu'elle a fait, déchirerait l'original qui est en sa possession et soutiendrait ensuite que l'original que l'autre partie lui oppose, ayant été fait simple, ne peut pas faire preuve contre elle. La mention prévient cette fraude : car, étant écrite sur chaque original, et chaque original ayant été signé par les parties, il en résulte que chacune d'elles possède un aveu écrit par lequel l'autre partie reconnaît que la formalité des doubles a été remplie.

Comment se couvre la nullité résultant du défaut de mention que les originaux ont été faits doubles?

1345. — L'exécution totale ou partielle du contrat *par l'une* ET *l'autre partie* couvre la nullité résultant du défaut de mention que les originaux ont été faits doubles.

Quant à l'exécution totale ou partielle du contrat par l'*une des parties seulement*, elle ne couvre la nullité de l'acte que dans l'intérêt de la partie qui n'a pas concouru à l'exécution du contrat, et par conséquent contre celle-là seulement qui l'a exécuté. La première, celle qui n'a pas participé à l'exécution du contrat, peut en prouver l'existence au moyen de l'écrit défectueux qu'elle possède, tandis que, si elle le nie, la seconde, celle qui l'a exécuté, n'est point admise à faire valoir, à titre de preuve, l'original qui est en sa possession.

Se peut-il que le contrat soit exécuté par l'une des parties sans que l'autre concoure ou participe à cette exécution?

Mais comment concevoir qu'un contrat *synallagmatique* puisse être exécuté par l'une des parties sans que l'autre concoure ou participe à cette exécution? Si l'une des parties livre la chose due, ne faudra-t-il pas que l'autre partie la reçoive? Or, cette *réception* de la chose due n'est-elle pas, de même que sa *délivrance*, une exécution du contrat?

L'exécution du contrat par une seule des parties sera, en effet, fort rare. Elle n'est cependant pas impossible.

Primus et *Secundus* conviennent de soumettre à des arbitres qu'ils désignent un différend qui les divise. Deux originaux sont dressés, mais ils ne contiennent pas la mention qu'ils ont été faits doubles : ils sont nuls, par conséquent. Cependant, si l'une des parties, si *Primus*, par exemple, remet ses pièces aux arbitres désignés, cette remise des pièces étant, de sa part, une exécution partielle du contrat, l'original possédé par *Secundus*, qui n'a pris aucune part à cette exécution, se trouve purgé du vice résultant du défaut de mention que les originaux ont été faits doubles.

1546. — L'exécution totale ou partielle du contrat couvre-t-elle la nullité résultant de ce que l'acte n'a pas été fait double? La loi ne s'en explique pas ; mais, cette hypothèse étant absolument semblable à celle qu'elle a réglée, il faut, sans hésiter, lui appliquer le même principe.

Est-il nécessaire que l'acte soit fait double lorsque le contrat est *synallagmatique imparfait*?

1547. — La théorie des doubles n'est pas applicable aux contrats qu'on appelait autrefois *synallagmatiques imparfaits*, c'est-à-dire aux contrats qui, unilatéraux dans l'origine, sont susceptibles de produire plus tard, par suite d'un fait nouveau qui se rattache au contrat, une obligation pour celle des parties qui, dans le principe, n'était pas obligée, par exemple, aux contrats de prêt à usage ou de dépôt (voy. le n° 1030). Notre article ne parle, en effet, que des contrats synallagmatiques ; or, aux termes de l'article 1102, les contrats synallagmatiques sont ceux qui, *dès qu'ils existent*, obligent chacune des parties.

La théorie des doubles est-elle applicable au cas où le contrat est exécuté immédiatement par l'une des parties?

1548. — Elle ne l'est même pas, selon l'opinion générale, aux contrats synallagmatiques proprement dits, lorsque l'une des parties exécute, immédiatement après la formation du contrat, avant ou pendant la rédaction de l'acte, l'obligation dont elle est tenue. Dans quel but, en effet, remettrait-on un original à celle qui a reçu l'exécution de l'obligation dont l'autre partie était tenue envers elle ? N'a-t-elle pas obtenu tout ce qu'elle désirait avoir? Elle n'a aucun droit à faire valoir : dès lors, qu'est-il besoin de lui remettre un écrit?

Sur quels motifs est fondée la théorie des doubles?

1549. — Nous connaissons les différentes dispositions de la loi. Recherchons-en les motifs et l'esprit.

L'équité, dit-on, demande que les droits qui résultent d'un contrat synallagmatique existent avec la même efficacité pour chacune des parties, et, par conséquent, que chacune d'elles ait le moyen de contraindre l'autre à l'accomplissement de son obligation ; or, qu'arriverait-il si l'écrit qui constate un contrat synallagmatique était fait en un seul original? L'une des parties serait à la merci de l'autre : car celle entre les mains de laquelle il serait remis pourrait, suivant son intérêt ou son caprice, faire valoir le contrat ou le mettre à néant, en produisant ou en faisant disparaître l'écrit qui le constate. Les parties n'auraient point une position égale : l'équité serait donc blessée !

Ce motif n'est pas très-satisfaisant. En effet, si les parties se contentent d'un seul original, si l'une d'elles consent à prendre, dans l'opération, une position moins favorable que celle qu'elle fait à l'autre en lui confiant cet original, si elle a confiance en elle et s'en rapporte à sa foi, quelle raison y a-t-il d'annuler cet arrangement?

1550. — D'autres personnes ont dit : « Dans un contrat à titre onéreux, chacune des parties s'efforce d'obtenir la position la plus favorable : on ne peut donc pas supposer que l'une d'elles se soit mise à la merci de l'autre, qu'elle ait consenti à suivre la foi d'une personne qui prend contre elle toutes ses précautions, qui lui marque sa défiance en exigeant d'elle une preuve écrite du contrat. Dès lors, il est naturel de supposer, lorsque l'écrit n'est pas fait double, qu'elles n'ont pas entendu s'obliger définitivement, et qu'en signant le seul original qui a été dressé, elles n'ont cru signer qu'un *simple projet*. Cet acte est donc frappé d'inefficacité, puisqu'il prouve, non pas *un contrat définitif*, mais *un simple projet* qui n'engage personne. »

1551. — Cette explication n'est pas plus heureuse que la première. La présomption sur laquelle elle est fondée est peu raisonnable; elle choque le simple bon sens! Et, en effet, lorsque les parties ne sont point définitivement d'accord, que la convention n'est encore qu'à l'état de projet, dressent-elles un acte? et quand, par aventure, elles en font un, le signent-elles? On fait quelquefois un brouillon, on arrête toutes les clauses que devra plus tard contenir l'acte qui devra être dressé lorsque la convention sera conclue; mais, tant qu'elle ne l'est pas, on se garde bien de signer aucun écrit!

Quoi qu'il en soit de cette explication, je crois que c'est à elle qu'il faut s'en tenir. Elle donne la véritable pensée de la loi.

Pourquoi l'exécution du contrat par l'une des parties couvre-t-elle, dans l'intérêt de l'autre partie, la nullité résultant du défaut de mention que l'acte a été fait double?

Ainsi, elle nous fait très-bien comprendre pourquoi la nullité résultant du défaut de mention que l'acte a été fait double est couverte contre la partie qui a exécuté le contrat qu'il constate : comment, en effet, cette partie pourrait-elle soutenir qu'elle a entendu exécuter, non pas *un contrat*, mais *un simple projet de contrat*? Si l'imperfection de l'acte fait présumer que la convention qui s'y trouve relatée n'est qu'un simple projet, l'exécution qui en est faite par l'une des parties prouve clairement la fausseté de cette présomption (1).

La nullité de l'acte sous seing privé emporte-t-elle la nullité de la convention qui y est relatée?

Comment cette convention peut-elle être prouvée?

1552. — En résumé, lorsque l'écrit est fait en un seul original, la convention synallagmatique qui s'y trouve relatée est présumée être, non pas un contrat, mais un simple projet de contrat qui n'engage ni l'une ni l'autre partie.

Mais cette présomption n'est pas invincible. Chacune des parties peut en établir la fausseté par des preuves indépendantes de l'acte qui a été dressé, par le serment et par l'aveu, ou même par

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 378 et 379.

la preuve testimoniale, dans les cas où cette espèce de preuve est admissible. Ainsi, le vendeur peut dire : « La vente qui est relatée dans l'original qui a été dressé n'est pas un simple projet de vente ; c'est une vente conclue, définitive. Vous prétendez le contraire ? eh bien, je vous défère le serment. Jurez que vous n'avez pas entendu vous lier définitivement. » Si l'acheteur refuse de prêter ce serment, ou de le référer à son adversaire, en ces termes : « Jurez vous-même que la vente qui est relatée dans l'acte est définitive, » son refus est une preuve de la perfection du contrat (art. 1361).

La nullité de l'acte n'entraîne donc pas la nullité de la convention. Cela résulte des termes mêmes de notre article : car ce qu'il déclare nul, ce n'est pas la convention, mais l'acte irrégulier qui la constate.

Ainsi, le contrat, s'il a été réellement formé, subsiste nonobstant la nullité de l'acte. Seulement, la partie qui en réclame l'exécution n'en peut point prouver l'existence au moyen de l'acte irrégulier qui a été dressé ; elle est obligée de recourir à d'autres moyens de preuves, à l'interrogatoire sur faits et articles, au serment, à la preuve testimoniale.

L'acte sous seing privé peut-il, lorsqu'il est irrégulier, servir de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve testimoniale ?

J'ai ajouté : « à la preuve testimoniale. » Ce mode de preuve est, en effet, admissible si l'objet du contrat ne dépasse pas 150 fr. Mais que décider dans le cas contraire ? Cela revient à demander si l'acte irrégulier qui a été dressé peut servir de *commencement de preuve par écrit*. Si l'on répond affirmativement, la preuve testimoniale est admissible ; elle ne l'est pas, au contraire, si l'on répond négativement (art. 1341 et 1347). La question est très-controversée. Pour moi, je la résous négativement. L'écrit qui peut servir de commencement de preuve et rendre admissible la preuve testimoniale doit émaner du débiteur, et *rendre vraisemblable le fait allégué contre lui* (art. 1347) ; or, l'acte qui n'a pas été dressé conformément aux prescriptions de l'art. 1325 rend-il *vraisemblable la perfection* du contrat qu'il relate ? Oui, en fait, oui pour un homme du monde ; mais non en droit, non pour le juge : car, *dans le système de la loi*, la nullité de l'acte fait présumer *l'imperfection du contrat* (voy. les nos 1550 à 1552) (1).

Art. 1326 et 1327.

Comment doit être fait l'écrit destiné à prouver un contrat unilatéral, qui doit donner naissance à une obligation de payer une certaine somme ou une *chose appréciable* ?

Que faut-il entendre par *chose appréciable* ?

1553. — SECOND CAS. *Acte dressé pour constater un contrat unilatéral qui doit donner naissance à une obligation de payer une* CERTAINE SOMME *ou une* CHOSE APPRÉCIABLE, c'est-à-dire une certaine *quantité de choses qui s'estiment au nombre, au poids ou à la mesure.* — Cet acte ne peut faire preuve en justice de l'obligation qui y est relatée qu'autant qu'il est écrit en entier de la main du débiteur et signé par lui, ou, s'il est écrit par un tiers, qu'autant qu'il est signé par le débiteur, avec cette mention écrite de sa main en toutes lettres : *Bon*, ou *approuvé pour la somme de...*

(1) Voy., dans le sens contraire, Marc., sur l'art. 1347 ; MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 384.

ure par une *chose appréciable*?

Si la somme énoncée dans l'acte et celle qui est énoncée dans le *bon* ou *approuvé* sont différentes, il est certain que l'obligation existe jusqu'à concurrence de la somme la plus faible. Quant à l'excédant, un doute existe ; or, comme le doute n'est pas une preuve, et qu'on n'obtient en justice que ce que l'on prouve, cet excédant est présumé n'être point dû. « L'obligation, dit notre article, n'est présumée être que de la somme moindre. »

Quid, si la somme énoncée dans l'acte et celle qui est énoncée dans le *bon* ou *approuvé* sont différentes ?

« A moins pourtant qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur... » Il est, en effet, possible que, par l'examen des différentes énonciations dont se compose l'acte, on arrive à découvrir que la somme la plus forte est réellement due. Soit un billet ainsi conçu : « Je reconnais devoir neuf cents francs pour neuf pièces de vin qui m'ont été vendues à raison de cent francs la barrique... Bon pour huit cents francs. » Bien que le *bon* porte seulement huit cents francs, les neuf cents francs peuvent être réclamés par le créancier.

Sur quels motifs est fondée la théorie du *bon* ou de l'*approuvé*?

1554. — La formalité du *bon* ou de l'*approuvé* a pour but de prévenir des surprises et l'abus des blanc-seings. Elle prévient les fraudes qu'un homme de mauvaise foi pourrait pratiquer, soit en mettant dans le billet qu'il rédige lui-même et dont il donne lecture au débiteur une somme plus forte que celle qui est due, soit en mentionnant l'existence d'une obligation sur un papier signé d'une personne qui n'est pas obligée, mais qui, par inadvertance ou par distraction, avait jeté sa signature sur un papier qu'elle a ensuite égaré ou qui lui a été surpris.

La formalité du *bon* ou *approuvé* est-elle toujours nécessaire?

1555. — Elle n'est pas nécessaire lorsque l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service : dans ces différents cas, la signature du débiteur suffit.

Cette exception a été critiquée. Elle enlève à la loi, a-t-on dit, toute son utilité réelle, en laissant sans protection les personnes qui, en raison de leur inexpérience, ont le plus besoin d'être protégées contre les surprises et l'abus des blanc-seings. — Mais on a répondu :

1° Que ces personnes ne savent souvent qu'écrire leur nom, et que, par conséquent, si l'on eût exigé, outre leur signature, un *bon* ou *approuvé pour la somme de...*, on les eût ainsi placées dans la nécessité d'aller chez un notaire faire dresser l'acte qu'elles eussent été incapables de dressez elles-mêmes, ce qui eût occasionné des lenteurs, et des frais, souvent aussi élevés que l'objet même de l'obligation ;

2° Qu'il n'est pas exact de dire que ces personnes sont, plus que les autres, exposées aux surprises et à l'abus des blanc-seings : car les vignerons, artisans et laboureurs, se gardent bien d'apposer par distraction leur signature sur des papiers qu'ils égarent ensuite. Ils ne confient jamais de blanc-seings à personne ; et, quand ils signent un écrit, ce n'est toujours qu'à bon escient, après avoir lu attentivement, ou fait lire par un tiers en qui ils ont confiance, l'acte qui constate leur obligation. Per-

sonne n'est plus soupçonneux qu'un laboureur ou un vigneron.

1556. — L'obligation relatée dans un acte qui n'est pas conforme aux prescriptions de l'art. 1326 n'est pas, par cela même, frappée de nullité : il ne faut jamais confondre l'absence de la preuve écrite avec l'absence du droit. A défaut de preuve écrite, celui qui prétend être créancier peut prouver l'existence de l'obligation, soit par l'aveu de la personne qu'il poursuit, soit par le serment. La preuve testimoniale est également admissible, cela est évident, au cas où l'objet de l'obligation ne dépasse point 150 fr. (art. 1341). Que décider dans le cas contraire? Au-delà de 150 fr., la preuve testimoniale n'est point permise; mais, par exception, elle peut être employée lorsque celui qui l'invoque a déjà *un commencement de preuve par écrit* (art. 1347). Notre question revient donc à celle-ci : Le billet qui n'est point conforme à l'art. 1326 peut-il servir de commencement de preuve par écrit, à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale ?

Lorsque l'acte ne satisfait pas au prescrit de notre article 1326, l'obligation qui y est relatée est-elle nulle?

Comment peut-elle être prouvée?

L'acte qui n'est point conforme à l'art. 1326 peut-il servir de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve testimoniale ?

J'admets ici l'affirmative. Cet acte, en effet, émane (nous le supposons signé) du défendeur ; il rend vraisemblable la prétention du demandeur : il a donc tous les caractères que l'art. 1347 exige pour qu'un écrit puisse servir de commencement de preuve par écrit. S'il en est autrement de l'acte qui n'est point conforme à l'art. 1325, c'est que, dans ce cas, l'irrégularité de l'acte faisant présumer l'inexistence de l'obligation, on ne peut pas dire de lui qu'il rend vraisemblable la prétention du demandeur. Mais rien de pareil dans notre espèce. L'irrégularité de l'acte ne fait point présumer que l'obligation n'a existé qu'à l'état de projet : cette présomption manquerait, en effet, de base. Tout ce qu'on peut conclure de son irrégularité, c'est qu'il ne fait pas preuve complète ; mais rien n'empêche, car la loi ne le déclare pas absolument nul, de l'invoquer comme un commencement de preuve par écrit (1).

1557. — TROISIÈME CAS. *Actes dressés pour constater, soit une convention unilatérale d'où naît une obligation de* FAIRE *ou de livrer un objet* INDIVIDUELLEMENT *déterminé, soit un* PAIEMENT. — Ces actes, de quelques personnes qu'ils émanent, font preuve complète, pourvu qu'ils soient signés. L'art. 1326 n'est, en effet, relatif qu'aux actes destinés à constater des obligations qui ont pour objet une somme d'argent ou une *quantité*. — Il n'a également trait qu'aux actes qu'on dresse pour constater des *obligations* : il n'est donc pas applicable aux QUITTANCES.

L'art. 1326 s'applique-t-il au cas où le contrat unilatéral doit donner naissance à une obligation *de faire* ou *de livrer un corps certain*?

S'applique-t-il au cas où l'acte qui est dressé a pour objet de constater un *paiement*?

1558. — *De la force probante des actes sous seing privé.* — Selon notre ancien droit, l'acte sous seing privé n'avait, *à priori*, aucune force probante : celui qui voulait s'en servir devait préalablement assigner en vérification de l'acte son prétendu signataire. Si, sur cette demande, le prétendu signataire reconnaissait sa

Art. 1322 à 1324.

L'acte sous seing privé a-t-il pour lui présomption de vérité?

(1) MM. Dur., t. XIII, nos 189 et s.; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 394; Marc., art. 1326.

Quid, si celui auquel on l'oppose dénie ou ne reconnaît pas la signature?

signature, ou si, l'ayant déniée, elle était vérifiée en justice, alors, mais alors seulement, le demandeur pouvait puiser la preuve de son droit dans l'acte reconnu ou vérifié.

Il n'en est plus de même aujourd'hui. Le porteur d'un acte sous seing privé peut le produire en justice et y puiser la preuve de son droit, sans qu'il soit nécessaire d'assigner préalablement le prétendu signataire en vérification de l'acte dont il fait usage contre lui. L'acte sous seing privé, comme l'acte authentique, a donc pour lui présomption de vérité; et il fait pleine foi de ce qu'il renferme, *si celui auquel on l'oppose ne le dénie point* : le silence que garde le défendeur est une reconnaissance tacite de la vérité de l'acte.

S'il est dénié, si le défendeur déclare que la signature apposée sur l'acte n'est pas la sienne, cette dénégation fait naître une présomption de fausseté d'une force égale à la présomption de vérité que la loi attache à l'acte. Le demandeur affirme que l'acte qu'il produit est bien l'œuvre du défendeur; celui-ci le nie : qui croire? Ni l'un ni l'autre : car, l'affirmation du demandeur et la négation du défendeur émanant de simples particuliers, il n'y a aucune raison de croire l'une plutôt que l'autre. La vérité de l'acte est donc incertaine; et, comme un *doute* n'est pas une *preuve*, c'est à celui qui veut bénéficier de l'acte à en établir la sincérité.

Quelle différence y a-t-il entre le cas où il est opposé au prétendu signataire lui-même et celui où il est opposé à ses héritiers?

1559. — La loi établit une différence entre le cas où l'acte est opposé au prétendu signataire et celui où il est opposé à ses héritiers. Dans le premier cas, le défendeur doit formellement *dénier* la signature, en affirmant qu'*elle n'est pas la sienne* (ce qu'il peut faire, car il lui est facile, en examinant la signature apposée sur l'acte, de vérifier si elle est ou non la sienne). Dans le second cas, le défendeur n'est pas obligé d'affirmer que la signature apposée sur l'acte n'est pas celle du défunt qu'il représente (ce qu'il ne pourrait pas toujours affirmer, car il se peut qu'il ne connaisse point son écriture); il suffit qu'il déclare ne point la connaître.

Lorsqu'il est dénié ou méconnu, est-ce à celui qui l'invoque à en prouver la sincérité ou à celui auquel on l'oppose à en établir la fausseté?

1560. — Ainsi, lorsqu'un acte sous seing privé est dénié ou méconnu par celui auquel on l'oppose, c'est à celui qui l'invoque à en établir la sincérité. En conséquence, il assigne son adversaire en vérification d'écriture, et, tant que cette vérification est pendante, le procès principal est suspendu.

A quoi sert alors d'avoir un acte sous seing privé?

La preuve de la sincérité de l'acte n'est-elle pas aussi difficile que la preuve du fait lui-même qui y est relaté?

1561. — Mais, dira-t-on, si celui qui invoque un acte sous seing privé est obligé d'en prouver la sincérité, à quoi lui sert d'avoir un acte de cette nature? Cette preuve n'est-elle point aussi difficile que la preuve de la créance elle-même?

Cette critique paraît juste; mais elle ne l'est qu'en apparence. L'acte sous seing privé est, en effet, utile sous deux rapports :

1° Celui auquel on l'oppose est obligé de le dénier formellement; or, si l'acte est bien de lui, il est plus que probable qu'il ne le déniera point : la crainte du déshonneur, si ce n'est le devoir, préviendra les dénégations mensongères.

2° Le porteur de l'acte, ayant été dans l'impossibilité de se pro-

curer une preuve écrite de sa sincérité (car, s'il eût exigé une reconnaissance écrite de l'acte dont il se proposait de faire usage, ce second acte n'aurait pas eu plus de force que le premier), est admis, conformément au principe doctrinal des art. 1348 et 1353, à prouver la sincérité de l'acte qu'il invoque, par toute espèce de moyens de preuve, par titres, par experts, par témoins ou même par des présomptions graves, précises et concordantes, — tandis que, s'il n'eût pas eu la précaution de faire dresser l'écrit qu'il produit à l'appui de sa prétention, il n'aurait pu prouver sa créance (nous la supposons supérieure à 150 fr.) que par l'aveu du défendeur ou par le serment.

Quelle est la force probante de l'acte reconnu ou vérifié en justice?
Le fait qu'il constate est-il prouvé *ergà omnes?*

1562. — Supposons que l'acte a été reconnu ou vérifié en justice : quelle est alors sa force probante? Elle est la même que celle que la loi attribue à un acte authentique, sauf une différence que nous signalerons bientôt (voy. le n° 1570-1°). Ainsi, l'opération qu'il constate est prouvée *ergà omnes :* il est constant pour tout le monde que le fait juridique qui y est relaté a réellement eu lieu.

Quelles sont les personnes auxquelles ce fait peut être opposé, contre lesquelles il produit ses conséquences légales?

Mais quelles sont les personnes auxquelles ce fait juridique, ce contrat, si c'est un contrat qu'il constate, peut être opposé? Contre quelles personnes produit-il ses conséquences légales? La réponse est bien simple. Le fait juridique, le contrat relaté dans l'acte, produit son effet, ses conséquences légales, *entre les parties et leurs héritiers ou ayant-cause*, soit universels, soit à titre particulier : il n'est pas opposable aux *tiers*.

Qu'entend-on ici par *ayant-cause particuliers?*
Par *tiers?*

Mais que faut-il entendre par *ayant-cause particuliers?* Quels sont ceux qui sont *tiers* relativement à l'acte? J'entends par *ayant-cause particuliers* tous ceux qui ont succédé, en qualité d'acheteurs, de donataires, de coéchangistes..., au signataire de l'acte, mais, bien entendu, *postérieurement* à la convention qui y est relatée : tous ces successeurs sont tenus de respecter la convention relatée dans l'acte et d'en subir les effets. Sont, au contraire, des *tiers* ceux qui étaient déjà des ayant-cause du signataire de l'acte lorsqu'il a fait la convention qui y est relatée; en d'autres termes, ceux qui lui ont succédé *antérieurement* à la convention que l'acte constate : ces successeurs ne sont point tenus de respecter la convention qui est relatée dans l'acte qu'on leur oppose; elle est sans effet à leur égard.

Une espèce suffira pour mettre en lumière cette théorie.

Un acte sous seing privé porte que *Primus* a vendu à *Secundus*, moyennant la somme de..., un droit d'usufruit sur son domaine : cette constitution d'usufruit est prouvée pour tout le monde; il est constant, *ergà omnes*, qu'elle a eu lieu.

Mais quelles personnes sont tenues de subir, de respecter, ce droit d'usufruit?

Le signataire de l'acte, bien entendu, *Primus*, ses héritiers légitimes ou testamentaires, et ses ayant-cause particuliers, tels que ceux auxquels il a vendu ou donné son domaine *postérieurement* à

la constitution d'usufruit. Ces différents successeurs ont, en effet, acquis le domaine dans l'état où il était au moment où ils lui ont succédé. Le signataire de l'acte n'avait sur ce domaine qu'un droit de nue-propriété; or, on ne transmet que les droits qu'on a, tels qu'on les a.

Ne sont pas tenus de le respecter, au contraire, ceux qui, *avant qu'il eût été constitué*, avaient acquis sur le domaine, et du chef de *Primus*, soit la propriété, soit tout autre droit réel (par exemple, une hypothèque), qui se trouverait détruit ou amoindri, si l'usufruit leur était opposable : on conçoit, en effet, que *Primus*, leur auteur, n'a pas pu détruire ou modifier par cette constitution d'usufruit les droits qu'il avait précédemment concédés.

1563. — Telle est la théorie que consacre l'art. 1322.

L'acte sous seing privé reconnu ou vérifié fait-il foi de sa date ?

Quelle distinction faut-il faire a cet égard?

Pourquoi ne fait-il pas foi de sa date à l'égard des tiers?

Mais quand pourra-t-on dire que les ayant-cause du signataire de l'acte lui ont succédé *avant*, ou qu'ils lui ont succédé *après* la convention relatée dans l'acte? L'art. 1322 est étranger à cette question. Elle est résolue dans l'art. 1328. C'est une seconde théorie qui reste à faire; elle se combine avec la première, elle l'explique et la complète.

L'acte reconnu ou tenu pour reconnu fait pleine foi, *entre les parties et leurs successeurs universels* : 1° de la convention qu'il constate; 2° de sa date. A l'égard *des tiers*, il fait pleine foi de la convention ; mais fait-il également foi de sa date? Si la loi eût admis l'affirmative, elle eût ouvert la porte à la fraude. Une espèce le fera bien comprendre. J'ai vendu ma maison à *Primus* le 15 *mai* 1850; un second acte, passé *postérieurement* à cette vente, mais sur lequel j'ai mis une date *antérieure*, la date du 10 *mai* 1850, porte que j'ai vendu cette même maison à *Secundus* : si ce second acte faisait foi de sa date à l'égard de *Primus*, celui-ci serait considéré comme le second acheteur et, par suite, comme mon ayant-cause; d'où, pour lui, la nécessité de subir la vente frauduleuse que j'ai faite avec *Secundus* : *Primus* se trouverait ainsi dépouillé, par mon fait, du droit qu'il avait pourtant légitimement acquis. La loi a dû, on le conçoit, protéger les tiers contre le danger de ces antidates : elle a, en conséquence, décidé que l'acte sous seing privé, quoique reconnu ou légalement tenu pour reconnu, ne fait pas foi de sa date à l'égard des tiers (1).

Art. 1328.

Quand fait-il foi de sa date à l'égard des tiers?

1564. — Toutefois sa date devient certaine, même à l'égard des tiers (2) :

1° *Lorsqu'il a été enregistré.* — L'ENREGISTREMENT d'un acte est la mention qui en est faite sur un registre spécial tenu à cet effet par un officier public. — Lorsqu'il est enregistré, il y a certitude acquise qu'il a été fait, *au plus tard*, le jour même de son enregistrement. Ainsi, il sera opposable à tous ceux qui, *postérieure-*

(1) Mais voy. la note 2 de la page 822.

(2) Voy., sur cette importante matière, une très-belle dissertation de M. Marinier : *De la date certaine dans les actes sous seing privé* (*Revue pratique*, t. I, p. 499 ; t. II, p. 75, 262 et s.).

ment à cette date, succéderont aux parties, soit à titre universel, soit à titre particulier ; il ne le sera pas, au contraire, à ceux de leurs ayant-cause particuliers qui, *antérieurement* à cette date, auront succédé à leurs droits.

2° *Lorsque le signataire ou un de ceux qui l'ont signé est décédé.* — Il y a alors certitude qu'il a été fait, au plus tard, le jour de ce décès, et, à l'égard des tiers, il en prend la date.

3° *Lorsque sa substance a été relatée dans un acte authentique.* — J'ai déposé chez un ami l'acte sous seing privé qui constate que vous m'avez vendu votre maison ; cet ami étant venu à mourir, un notaire a été appelé pour dresser l'inventaire de ses effets mobiliers et de ses papiers ; l'acte que je lui avais confié est découvert, et le notaire le relate dans son procès-verbal d'inventaire : il prend alors, à l'égard des tiers, la date de l'acte public dans lequel il a été relaté.

L'art. 1328 est-il limitatif?

1565. — Notre art. 1328 ne cite, comme donnant date certaine à l'acte, que les trois événements que je viens d'expliquer (l'enregistrement de l'acte, la mort de l'un de ses signataires et la mention de sa substance dans un acte public). Ce sont, je crois, les seuls auxquels la loi a entendu attribuer cet effet : l'art. 1328 est rédigé dans une forme limitative. Ainsi, par exemple, bien que le signataire de l'acte perde, par accident, les deux mains, et qu'il soit alors évident qu'il n'a pu le signer *depuis* l'accident qui l'a si douloureusement frappé, l'acte n'aura point, à partir de ce jour, date certaine à l'égard des tiers. Si l'on ajoutait cette quatrième hypothèse à celles qui sont prévues par notre article, d'autres plus ou moins semblables seraient bientôt présentées ; et, alors, où s'arrêter? De concession en concession, on arriverait à laisser aux juges un pouvoir d'appréciation fort dangereux en cette matière, car il aurait pour résultat de jeter l'incertitude dans la propriété.

1566. — Résumons notre système :

L'acte sous seing privé, reconnu ou légalement tenu comme reconnu, fait foi pour tout le monde de la convention qu'il relate.

Cette convention produit son effet contre les signataires de l'acte et contre ceux qui ont succédé à leurs droits *depuis* qu'elle a été faite ; elle ne peut pas être opposée à leurs successeurs *antérieurs*.

A l'égard des signataires de l'acte et de leurs successeurs universels ou à titre universel, cette convention relatée dans l'acte est réputée avoir été réellement faite à la date indiquée dans l'acte. A l'égard des tiers, elle est réputée n'avoir été faite que le jour où il a acquis date certaine, conformément à l'art. 1328.

Parcourons, maintenant, quelques espèces.

Primus a été interdit; on lui présente un acte de vente signé de lui, non enregistré; cet acte porte une da-

1567. — 1° L'acte fait pleine foi de sa date *à l'égard de ses signataires et de leurs successeurs universels.* — *Primus* a été interdit; on lui présente un acte de vente signé de lui, non enregistré ; cet

te antérieure à l'interdiction: fait-il foi de sa date à l'égard de *Primus*?

En fait-il foi à l'égard de ses successeurs universels?

acte porte une date antérieure à l'interdiction : si *Primus*, qui a reconnu sa signature, vient dire : « Cet acte, je l'ai signé pendant que j'étais interdit, et je l'ai antidaté, » devra-t-il être écouté ? Il ne devra pas l'être : car, dès qu'il reconnaît que la signature apposée sur l'acte est bien la sienne, cet acte fait foi de sa date à son égard. Il ne lui est pas défendu, sans doute, de le combattre, en prouvant, par toutes les voies de droit, et même par de simples présomptions, la fausseté de la date qu'il porte ; mais, tant que cette preuve n'est pas faite, l'acte fait pleine foi. — Il fait également foi à l'égard de ses successeurs universels : ils doivent respecter la vente qui y est relatée, puisqu'elle est réputée avoir été faite par leur auteur antérieurement à son interdiction.

Paul vous vend un immeuble le 15 mai 1850; l'acte de vente est enregistré le même jour. Un autre acheteur revendique contre vous le même immeuble; il prétend que Paul le lui a vendu le 10 mai 1850, et, à l'appui de sa prétention, il présente un acte sous seing privé, qui en effet porte la date indiquée, mais qui n'est pas enregistré: lequel de vous ou de lui doit l'emporter?

1568. — 2° *A l'égard des tiers, l'acte est réputé n'avoir été fait que le jour où il a acquis date certaine, conformément à l'art.* 1328. — Paul vous vend un immeuble le 15 mai 1850 ; vous faites dresser et enregistrer, le même jour, l'acte sous seing privé qui constate la vente. Plus tard, un autre acheteur revendique contre vous le même immeuble ; il prétend que Paul le lui a vendu le 10 mai 1850, et, à l'appui de sa prétention, il présente un acte sous seing privé qui, en effet, porte la date indiquée, mais qui n'a pas été enregistré (1) : son action en revendication doit-elle réussir ? Non ; elle n'est point fondée! Vous répondrez : « Il est certain que j'ai acheté le 15 ; l'enregistrement de mon acte en fait foi. Vous soutenez, vous, avoir acheté le 10. Si cela était vrai, votre prétention serait juste et fondée ; mais je nie que vous ayez acheté à la date que vous indiquez. Qu'importe que votre acte porte une date antérieure à celle qui est sur le mien ? Rien ne me prouve que cet acte est sincère. Peut-être votre acte a-t-il été dressé hier, aujourd'hui même, pour le besoin de la cause. Je ne le reconnais pas, et vous ne pouvez pas me l'opposer, parce que, à mon égard, rien ne prouve la sincérité de sa date » (2).

(1) Ou, plus généralement, qui n'a pas acquis date certaine antérieure au 15 mai.

(2) Depuis le 1er janvier 1856, les choses ne se passent plus ainsi. On se rappelle qu'aux termes de la loi du 23 mars 1855, les actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques doivent être portés à la connaissance des tiers par la transcription qui doit en être faite sur les registres publics des conservateurs d'hypothèques (voy. les nos 1129 et s.). Dans ce système, les actes dont il s'agit sont opposables aux tiers, non plus, comme sous le Code, à compter du jour où ils ont été *enregistrés*, ou, plus généralement, du jour où ils ont acquis date certaine, mais seulement à partir *de leur transcription*. Soit l'espèce suivante: Une maison a été vendue successivement, par la même personne et par des actes sous seing privé, à deux personnes distinctes : sous l'empire du Code, la maison appartiendrait à celui des deux acheteurs dont le titre a été enregistré le premier. D'après la loi nouvelle, au contraire, la maison reste à celui des deux acheteurs qui le premier a fait transcrire son titre ; et il en est ainsi lors même que le titre transcrit le premier n'a été enregistré que le second. — Ainsi, et quant aux actes soumis à la formalité de la transcription, l'enregistrement qu'on est tenu d'en faire n'est guère plus qu'une simple formalité fiscale.

Ce même acte, qui ne vous est point opposable, fait, au contraire, foi de sa date à l'égard de Paul (le vendeur) qui l'a signé. L'acheteur auquel il appartient peut donc dire à Paul: «J'avais réellement acheté le 10, et c'est par une seconde aliénation que vous m'avez dépouillé du droit que vous m'avez transmis; vous me devez des dommages et intérêts. »

L'art. 1328 est-il applicable aux *quittances*?
Peuvent-elles, quoique non enregistrées, être opposées aux *tiers*?

1569. — La même théorie est-elle applicable aux *simples quittances?* Je vous paie, aujourd'hui 15 mai, la somme de 11,000 fr. que je vous dois; une quittance est dressée qui constate ce paiement; je ne la fais pas enregistrer. Maintenant, vous cédez à un tiers la créance que je vous ai payée, ou bien vos créanciers la saisissent: pourrai-je opposer ma quittance au cessionnaire ou aux créanciers saisissants? Certes, si l'on ne consultait que l'article 1328, la négative ne serait pas douteuse: car la loi ne distingue pas entre les actes qui énoncent des *obligations* et ceux qui énoncent des *paiements*. Cependant, il est généralement admis, et la jurisprudence décide, tous les jours, que cet article n'est pas applicable aux quittances, c'est-à-dire que ces actes, quoique non enregistrés, sont opposables même aux tiers. Cette dérogation au principe rigoureux de l'art. 1328 existait déjà dans notre ancienne jurisprudence, et elle est trop raisonnable, trop naturelle, trop pratique surtout, pour qu'on puisse supposer que les rédacteurs du Code ont entendu l'abroger. La même personne peut effectuer, le même jour, de petits et nombreux paiements: faudra-t-il qu'à chaque paiement elle aille faire enregistrer sa quittance? Mais alors quelle perte de temps, et que de frais! La loi n'a pas pu ainsi entraver les libérations.

Cette théorie ne reçoit-elle pas, dans la pratique, un tempérament?

Toutefois on apporte, en pratique, un tempérament à cette théorie. « Oui, dit-on, les quittances, quoique non enregistrées, prouvent le paiement, *lorsqu'elles sont opposées* IMMMÉDIATEMENT sur les premières poursuites: cette production immédiate des quittances écarte tout soupçon de fraude (1). Mais, si le débiteur qui reçoit la notification de la cession ou de la saisie de la créance ne produit pas sa quittance le jour même ou le lendemain, s'il laisse aller les choses sans en parler, et qu'ensuite il la produise au moment décisif, l'antidate devenant alors vraisemblable, c'est à lui à établir la sincérité de la quittance » (2).

Quelles différences y a-t-il entre un acte authentique et un acte sous seing privé?

1570. — *Différences entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé.* — 1° Lorsque l'acte authentique est contesté, celui qui l'invoque n'est pas tenu d'en prouver la sincérité; c'est à celui qui le combat à en prouver la fausseté (voy. les nos 1523, 1524, 1531). — Lors, au contraire, que l'acte sous seing privé est contesté, celui qui le combat n'est pas tenu d'en prouver la fausseté; c'est à celui qui l'invoque à en établir la sincérité (voy. les nos 1558 et 1560).

2° L'acte authentique fait pleine foi de sa date, même à l'égard

(1) Voy., toutefois, le 5° de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855.
(2) MM. Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 403; Marc., art. 1328.

des tiers (voy. les nos 1524 et s.). — L'acte sous seing privé ne fait foi de la sienne qu'entre les parties signataires et leurs successeurs universels; il n'acquiert date certaine, à l'égard des tiers, que par son enregistrement, sa relation dans un acte public, ou la mort de l'un de ses signataires (voy. les nos 1562 et s.).

La raison de ces différences se tire de la différence qui existe entre un officier public et un simple particulier. L'officier public a tant d'intérêt à ne point trahir la vérité, il s'expose à des peines si terribles lorsqu'il commet un faux, la consommation du faux lui est d'ailleurs si difficile, que la loi a dû supposer que l'acte qu'il a dressé ne contient rien de mensonger (voy. les nos 1523 et 1524); mais, lorsqu'un simple particulier soutient que l'acte sous seing privé est conforme à la vérité, et qu'un autre particulier le déclare mensonger, il n'y a aucune raison de croire à la sincérité de l'acte (voy. le n° 1558).

3° L'acte authentique peut être revêtu de la forme exécutoire (voy. le n° 1529). L'acte sous seing privé ne peut jamais l'être. Ainsi, le porteur d'un acte de cette nature, qui veut obtenir l'exécution de la convention qui y est relatée, doit assigner le signataire, afin d'obtenir contre lui un jugement de condamnation; ce n'est qu'en vertu de ce jugement qu'il peut faire des actes d'exécution.

Art. 1329 et 1330.

1571. — II. *Des écrits qui, quoique non signés, font preuve.* — 1° *Des registres des marchands.* — Ces registres font preuve *contre* le commerçant auquel ils appartiennent. Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer s'ils sont ou non régulièrement tenus, si celui qui les invoque est ou non commerçant. Il n'est même pas nécessaire que l'énonciation qu'ils contiennent soit écrite de la main du propriétaire : car, ces livres étant en sa possession, il y a présomption que tout ce qui y est écrit l'a été de sa main ou au moins de son consentement.

Les registres des marchands font-ils preuve *contre* le commerçant auquel ils appartiennent?

Quid, s'ils sont irrégulièrement tenus?

Quid, s'ils ne sont pas écrits de la main du commerçant auquel on les oppose?

Font-ils preuve *pour* le commerçant auquel ils appartiennent?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Quel est le motif de cette distinction?

Celui qui les invoque contre le commerçant peut-il les *diviser*?

Font-ils preuve *pour* le commerçant à qui ils appartiennent? La loi distingue : ils font preuve *pour* lui, s'ils sont régulièrement tenus et s'ils énoncent un fait commercial intéressant un autre commerçant.

Ainsi, *entre commerçants* et *pour faits de commerce*, les livres de commerce régulièrement tenus font preuve *pour* ou *contre* eux. Cette dérogation au principe qu'on ne peut se créer un titre à soi-même n'est pas dangereuse : car, tout commerçant étant tenu d'avoir un livre, celui que présente chacune des parties plaidantes sert de contrôle à l'autre. Les écritures qui ne sont pas d'accord se neutralisent réciproquement; on rentre alors dans le droit commun (art. 12, C. comm.).

Ils ne font pas preuve *pour* le commerçant, quoique régulièrement tenus, lorsque le fait qu'ils énoncent, qu'il soit ou non commercial, intéresse un *non-commerçant*. — Du reste, la personne non marchande qui les invoque à l'appui de sa prétention ne peut pas *les diviser*, c'est-à-dire tenir pour vraie l'énonciation qui lui est favorable, et pour fausse celle qui lui est contraire. Le livre

d'un marchand de vins porte-t-il qu'il a acheté de Paul, propriétaire d'un vignoble, tant de barriques de vin, moyennant la somme de 5,000 fr. *dont il a payé la moitié :* Paul ne pourrait pas dire : « Votre livre fait foi de la *vente*, mais il ne prouve pas le *paiement* d'une portion du prix. » Il doit prendre l'énonciation telle qu'elle se comporte.

Ainsi, les livres des marchands ne font point foi *contre* les personnes non marchandes. Et la raison en est bien simple. Si les livres d'un marchand font foi pour lui contre un autre marchand, c'est que celui-ci peut contrôler, par ses livres, ceux qu'on lui oppose ; or, ce moyen de contrôle manque aux personnes non marchandes, puisqu'elles ne sont pas tenues d'avoir des livres, et que ceux qu'elles tiennent volontairement n'ont aucune force probante à leur profit (art. 1331).

Les livres des marchands ne produisent-ils pas un certain effet au profit du propriétaire, lors même qu'il les produit contre un non-commerçant ?

1572. — Les livres des marchands, ai-je dit, ne font point preuve contre les non-marchands ; *sauf*, ajoute notre article, *ce qui sera dit à l'égard du serment.* Il s'agit ici, non pas du serment qu'on appelle *décisoire*, c'est-à-dire de celui qui peut être, dans *toute affaire*, déféré par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357-1°), mais du serment *supplétoire*, c'est-à-dire de celui qui peut être déféré *d'office*, par le juge, à l'une ou à l'autre partie, lorsque la demande n'est pas pleinement justifiée et qu'elle n'est pas totalement dénuée de preuve (art. 1367-2°), ce qui est précisément notre hypothèse. La pensée de la loi est celle-ci : les livres d'un marchand, lorsqu'ils sont invoqués contre un non-marchand, ne font pas preuve du fait qui y est énoncé ; mais ils servent de commencement de preuve et autorisent, à ce titre, les juges à compléter leur conviction en déférant le serment à l'une ou à l'autre des parties.

Peuvent-ils servir de commencement de preuve par écrit à l'effet de faire admettre la preuve testimoniale ?

1573. — Ne faut-il pas aller plus loin et décider que le commencement de preuve qui résulte des registres des marchands peut être complété, non-seulement par le serment que les juges défèrent à l'une ou à l'autre des parties, mais encore par la preuve testimoniale ?

Je n'admets pas cette solution. La preuve testimoniale n'est pas admissible au-delà de 150 fr. (nous supposons, dans l'espèce, que l'intérêt de la demande dépasse 150 fr.) : tel est le principe. Elle devient admissible, même au-delà de cette somme, lorsque le demandeur a un commencement de preuve par écrit ; le commencement de preuve par écrit est un acte *émané du défendeur*, et qui rend vraisemblable le fait allégué (art. 1347) ; or, dans l'espèce, l'écrit qui rend vraisemblable le fait allégué est émané, non pas du défendeur à l'enquête (la personne non marchande), mais du demandeur (le marchand) : donc...

Quelques personnes pourtant tiennent l'affirmative. « Qui peut le plus peut le moins, disent-elles. Si le commencement de preuve résultant des registres peut être complété par un serment déféré au marchand lui-même, *à fortiori* doit-il pouvoir l'être par la

preuve testimoniale, puisque cette preuve est moins dangereuse et beaucoup plus probante que le serment. »

Art. 1331.

Les registres et papiers domestiques peuvent-ils servir de titre à leur auteur? Dans quels cas font-ils preuve contre lui?

1574. — 2° *Des registres et papiers domestiques tenus par des non-commerçants.* — Ces registres ne peuvent jamais servir de titre à leur auteur. Ils font foi *contre* lui, dans les deux cas suivants :

1° Lorsqu'ils énoncent formellement un paiement reçu ;

2° Lorsqu'ils énoncent une dette, avec mention expresse que cette énonciation a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur du créancier.

Faisons successivement l'une et l'autre espèce :

1° *Énonciation d'un paiement reçu.* — J'ai inscrit cette note sur un registre que je tiens afin de me rendre compte de mes affaires : « Reçu de Paul la somme de 500 fr. qu'il me devait. » — Cette énonciation fait preuve du paiement, de la libération de Paul ; elle vaut quittance, quoiqu'elle ne soit ni datée, ni signée. La loi présume la sincérité de cette énonciation ; elle la présume, parce qu'elle sait qu'en général un créancier qui n'a pas été payé ne s'amuse pas à écrire le contraire sur ses registres.

2° *Énonciation d'une dette.* — Si la note inscrite sur mon registre est ainsi conçue : « Paul m'a prêté aujourd'hui la somme de 500 fr., » cette énonciation n'a aucune force probante. Si j'ai ajouté : « et cette note servira de titre à Paul qui n'en a point exigé, » elle fait alors preuve contre moi, preuve de la réalité de la dette énoncée (1).

1575. — Quel est le motif de cette différence entre l'énonciation d'un *paiement* reçu et l'énonciation d'une *dette ?* D'où vient que la première fait preuve par elle-même et par elle seule, tandis que la seconde n'a aucune force probante si elle n'est accompagnée de la mention expresse qu'elle a été faite pour servir de titre au créancier ?

Pothier répond que la mention d'un paiement reçu suffit pour le prouver, *parce que la loi est favorable aux libérations.* Cette explication n'est pas satisfaisante. Quelle raison y a-t-il, en effet, de favoriser le débiteur aux dépens du créancier ? L'un et l'autre méritent la même protection.

Voici une autre explication qui me semble préférable. Lorsque j'écris sur mon registre que tel qui me devait m'a payé, il y a cent à parier contre un que le paiement énoncé a été réellement effectué ; et ce fait ne peut plus être anéanti, car une dette éteinte ne peut pas revivre. Lors, au contraire, que j'énonce sur mon registre *qu'un tel m'a prêté telle somme*, il est également très-probable que le prêt a eu lieu, que *j'ai été* débiteur ; mais cette énonciation

(1) Suivant Pothier, si l'énonciation de la dette est suivie de la *signature* de celui qui l'a écrite, la mention que la note a été faite pour servir de titre au créancier est inutile, l'énonciation de la dette suffit pour la prouver. Le Code n'admet pas cette exception : « On n'a pas admis, dit M. Bigot-Préameneu, dans son discours au Conseil d'Etat, l'opinion de ceux qui pensaient que l'énonciation de la dette suffit pour la prouver quand elle est signée. »

prouve-t-elle que je le suis encore ? Non, évidemment : car j'ai pu payer mon créancier sans retirer une quittance, soit parce qu'il n'existait pas de titre, soit parce que le titre existant m'a été remis, et négliger d'effacer sur mon registre le renseignement que je n'y avais écrit que pour moi-même. Lorsque l'énonciation de la dette est suivie de la mention expresse qu'elle a été faite pour servir de titre à mon créancier, un semblable oubli, en présence d'une note aussi formelle, est peu probable. Si je l'ai laissée subsister sur mon registre, c'est qu'évidemment je suis encore débiteur (M. Val.).

Quid, si les registres des particuliers ne sont pas écrits de leur main ?

Remarquons qu'à la différence des livres des commerçants, qui font preuve contre eux, alors même qu'ils ne sont pas écrits de leur main (voy. le n° 1571), les registres des particuliers ne font preuve qu'autant qu'ils sont écrits de la main de celui auquel on les oppose. Cela résulte de ces mots de notre article : « Les registres domestiques... font foi contre celui *qui les a écrits.* »

Art. 1332.

Les énonciations *libératoires* écrites sur le titre de la créance font-elles preuve contre le créancier ?

A quelles conditions est subordonnée cette force probante ?

1576. — 3° *Énonciations écrites sur un titre de créance.* — Elles font preuve, quoiqu'elles ne soient ni datées ni signées, *si elles tendent à établir un paiement reçu.* Toutefois, cette force probante est subordonnée à deux conditions. Il faut :

1° Qu'elles soient *écrites de la main du créancier ;* 2° que le titre sur lequel elles ont été écrites soit *toujours resté en sa possession.*

Soit un billet ainsi conçu : « Je reconnais devoir à Paul la somme de 500 fr. qu'il m'a prêtée... ; » et, au bas, en marge ou au dos, *écrite de la main de Paul*, l'énonciation suivante : « Reçu la somme de 500 fr. qui m'est due. » Si, plus tard, Paul, réclamant la somme de 500 fr., produit le billet à l'appui de sa prétention, le débiteur prouvera, en invoquant l'énonciation qui s'y trouve écrite, le paiement qu'il a fait.

1577. — Les deux conditions qui viennent d'être indiquées doivent *concourir*. De là il résulte :

1° Que l'énonciation *qui n'est pas écrite de la main du créancier* n'a aucune force probante, *lors même que le titre est toujours resté en la possession du créancier.*

Cette solution est contestée. « Qu'importe, dit-on, que cette énonciation soit écrite par le créancier ou par une autre personne, dès que le titre sur lequel elle se trouve *est* TOUJOURS *resté en la possession* du créancier ! L'eût-il laissé écrire par un autre s'il n'avait pas, en réalité, reçu le paiement qu'elle énonce ? Il l'a faite sienne en la laissant écrire ! C'était l'avis de Pothier, et il n'est pas probable que le Code l'ait abandonné » (1).

Je réponds : La preuve que le Code l'a abandonné, c'est qu'il exige *expressément*, pour que les énonciations libératoires mises sur le titre de la créance fassent preuve : 1° qu'elles soient écrites de la main du créancier, et 2° que le titre sur lequel elles sont soit toujours resté en sa possession.

(1) MM. Dur., t. XIII, n° 431 ; Bonn.

J'ajoute que le concours de ces deux conditions n'est pas inutile, ainsi qu'on le prétend. En laissant écrire sur son titre la mention d'un paiement reçu, le créancier, dit-on, s'approprie cette mention; il la fait sienne. Sans doute, il la fait sienne *lorsqu'il est constant qu'elle a été écrite de son consentement, en sa présence.* Mais, si elle a été écrite *à son insu*, soit par le débiteur, soit par un tiers, la même induction n'est plus possible; or, lorsque l'énonciation n'est pas de la main du créancier, *rien ne prouve qu'elle a été écrite de son consentement :* dès lors on ne peut pas la lui opposer (1).

1578. — 2° Que la mention d'un paiement, faite sur un titre *qui n'est pas toujours resté en la possession du créancier*, n'a aucune force probante, *encore qu'elle soit écrite de sa main.*

Cette solution, comme la première, est contestée. « Dès l'instant, dit-on, que la mention est écrite *de la main du créancier,* qu'importe que le titre sur lequel elle se trouve soit ou non toujours resté en sa possession ? Le fait seul d'avoir écrit de sa propre main la mention d'un paiement ne suffit-il pas pour prouver qu'en réalité il a reçu le paiement *supposé*? C'était encore l'avis de Pothier, et il n'est pas probable que le Code l'ait abandonné. »

Ici encore je réponds : La preuve qu'il l'a abandonné, c'est qu'il exige expressément le concours des deux conditions. Notre article est formel à cet égard. — J'ajoute que le système contraire serait dangereux. Et, en effet, il arrive fréquemment qu'un créancier remet son titre, *quittancé à l'avance*, à un tiers qu'il charge du recouvrement de sa créance; souvent même il l'envoie, en cet état, directement à son débiteur : cette quittance, écrite sur le titre de la créance, ne suffit donc pas pour faire preuve, puisque rien n'établit qu'elle a été faite après un paiement *effectué*. Lors, au contraire, que le titre est toujours resté en sa possession, elle fait preuve du paiement parce que c'est la seule manière de l'expliquer rationnellement (2).

Les énonciations libératoires écrites sur le double d'un titre ou d'une quittance, font-elles preuve?
A quelles conditions est subordonnée leur force probante?

1579. — 4° *Énonciations écrites sur le double d'un titre ou sur une quittance.* — Elles font preuve, quoiqu'elles ne soient ni datées ni signées, *lorsqu'elles tendent à établir une libération.* Mais cette force probante est subordonnée à deux conditions. Il faut :

1° Qu'elles soient écrites de la main du créancier ; 2° que le double ou la quittance sur laquelle elles sont écrites soit entre les mains du débiteur.

Faisons deux espèces. Un fermier vient chez son propriétaire et lui dit : « Je vous paierai ce soir le terme échu ; voici mon double, mentionnez-y le paiement que je vais vous faire. » Le propriétaire, qui compte sur la promesse qui vient de lui être faite, écrit, en effet, sur ce double : « Reçu le paiement de tel terme échu... » Le fermier revient, effectue le paiement et remporte son titre : —

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 412 et 413 ; Marc., art. 1332.
(2) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 412 et 413. — *Contra,* Marc., art. 1332.

la mention qui s'y trouve fait preuve du paiement qu'il vient de faire.

Modifions l'espèce. Le fermier n'ayant pas réalisé l'argent sur lequel il comptait pour payer, le propriétaire a conservé chez lui le double sur lequel il avait à l'avance mentionné le paiement qui lui avait été annoncé, mais qui n'a pas été effectué : — dans ce cas, la mention, quoique écrite de sa main, ne fait point preuve contre lui.

Ainsi, quand le double du titre porte, écrite de la main du créancier, la mention d'un paiement, et que ce double est entre les mains du débiteur, la loi en conclut, avec raison, que le paiement énoncé a été réellement effectué : le créancier ne l'aurait pas remis au débiteur si la mention qu'il a écrite n'était pas conforme à la vérité. Que si le double est resté chez le créancier, la loi en conclut que le paiement énoncé a été promis par le débiteur, mais qu'il n'a pas encore été effectué.

— Un débiteur qui m'a payé un premier à-compte, et auquel j'ai donné une quittance en règle, me promet aujourd'hui un second à-compte, et me prie de le mentionner sur la première quittance que je lui ai déjà délivrée; je fais la mention. La quittance est-elle entre les mains du débiteur auquel je l'ai remise : la loi en conclut que j'ai reçu l'à-compte promis. L'ai-je conservée : elle en conclut que l'à-compte promis n'a pas été payé.

§ III. — *Des tailles.*

Art. 1333.

Qu'entend-on par *tailles?*

1580. — On appelle *tailles* les deux parties d'un morceau de bois qui a été fendu, dont deux personnes se servent pour marquer le nombre de fournitures que l'une des deux fait journellement à l'autre.

A cet effet, chacune d'elles a l'une des parties du morceau de bois : la partie qui reste chez le fournisseur s'appelle proprement la *taille ;* celle qui est entre les mains de l'acheteur s'appelle *échantillon*. Au moment de chaque fourniture, on joint les deux parties du morceau de bois et l'on y fait une taille, c'est-à-dire une coche transversale; chaque coche marque une fourniture.

Quand font-elles preuve?

Font-elles preuve au-dessus de 150 fr.?

— Ces tailles, lorsqu'elles sont corrélatives, tiennent lieu d'écriture et forment une espèce de preuve littérale de la quantité des marchandises fournies. A la différence de la preuve testimoniale, qui en principe n'est pas admissible au-dessus de 150 fr. (art. 1341), les tailles tenant lieu d'écriture font preuve, quel que soit le chiffre des fournitures.

Quid, lorsque les deux tailles ne concordent point?

— Lorsque les deux tailles ne s'accordent point, que l'une contient plus de coches que l'autre, les coches excédantes ne comptent pas.

Si l'acheteur ne représente point l'échantillon, quelle foi fera la taille produite par le marchand?

— Si l'acheteur ne représente point l'*échantillon*, quelle foi fera la *taille* produite par le marchand? Je distingue : si l'acheteur soutient qu'il ne représente pas l'échantillon parce qu'il l'a perdu, la

taille fait pleine foi, car le marchand ne doit pas souffrir de la faute de son débiteur; que s'il soutient qu'il n'a jamais eu d'échantillon, la taille ne fait point preuve des fournitures réclamées par le marchand, à moins qu'il ne prouve qu'un échantillon a réellement existé, auquel cas la taille recouvre toute sa force probante.

§ IV. — *Des copies des titres.*

Art. 1334.

Quelle foi ont les copies d'un titre original qui existe? Quelle utilité procurent-elles donc?

1581. — I. *Copies d'un titre original qui existe et qui peut être représenté.* — C'est un principe général que les copies d'un titre original qui existe et qui peut être représenté, ne font foi que de ce qui se trouve dans le titre original: la force probante d'une copie se tire *de sa conformité avec l'original.* Il en résulte que la partie à laquelle on l'oppose peut toujours demander que l'original soit représenté, afin qu'on vérifie s'il concorde avec la copie.

La copie d'un original qui existe n'a, par conséquent, aucune utilité lorsque la partie contre laquelle on veut en faire usage demande la représentation de l'original. Si elle n'exige point cette représentation, son silence est un aveu tacite de la conformité de la copie avec l'original, et c'est alors, mais alors seulement, que la copie fait preuve.

Art. 1335.

Les copies d'un acte sous seing privé qui n'existe plus ont-elles quelque force probante? *Quid*, des copies d'un titre authentique qui n'existe plus? Ne faut-il pas distinguer si elles ont été tirées par un simple particulier ou par un officier public? Celles qui ont été tirées par un officier public ont-elles toutes la même force probante?

1582. — II. *Copies d'un titre original qui n'existe plus.* — La copie d'un *acte sous seing privé* qui n'existe plus, fût-elle tirée par un notaire, n'a aucune force probante: les notaires n'ont pas, en effet, caractère officiel pour en tirer des copies.

Il en est de même des copies d'un *titre authentique*, lorsqu'elles ont été tirées par un simple particulier.

Quant aux copies d'un *acte authentique* tirées par un officier public, la loi les divise, selon leur force probante, en trois classes: la première comprend les copies qui font la même foi que l'original; la seconde, les copies qui ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit, à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale; la troisième, celles qui ne servent que de simples renseignements.

1583. — Première classe. *Copies qui font la même foi que l'original.* — Font la même foi que l'original qui n'existe plus:

1° *Les grosses ou premières expéditions.* — La première copie d'un acte authentique s'appelle grosse, *lorsqu'elle est conçue en forme exécutoire;* dans le cas contraire, on l'appelle *première expédition.* Le notaire ne peut délivrer à la même partie qu'une seule *grosse*, à peine de destitution (art. 26 de la loi du 25 ventôse an XI). Il peut, au contraire, délivrer plusieurs expéditions; mais la première seule fait pleine foi, à défaut de l'original.

Ces copies font pleine foi, parce que, étant ordinairement délivrées immédiatement après la rédaction de la minute, et environnées d'ailleurs de certaines formes prescrites par la loi de ventôse, il y a presque certitude qu'elles sont la reproduction exacte de l'original.

2° *Les copies tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.* — La foi que la loi leur attribue se tire de la convention des parties; et, en effet, en consentant à ce que ces copies soient tirées, les parties conviennent tacitement qu'à défaut de l'original elles en tiendront lieu.

3° *Les copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées.* — « Celui, dit Pothier, qui veut avoir une copie de cette espèce adresse une requête au président du tribunal, au bas de laquelle le président ordonne que copie sera tirée sur la minute de tel acte, en tel lieu, tel jour et à telle heure, et que les parties intéressées seront sommées de s'y trouver. » Cette ordonnance est signifiée à l'autre partie, avec sommation de comparaître. Si elle comparaît, on rentre dans la précédente hypothèse; si elle fait défaut, elle est réputée donner son consentement à ce que la copie soit tirée, et les choses se passent comme si elle avait été tirée en sa présence et de son consentement.

4° *Les copies qui, sans le consentement des parties, sans l'autorité du magistrat et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, ont été tirees soit par le notaire qui a reçu l'original, soit par son successeur, soit par un officier public qui, en cette qualité, est dépositaire de la minute, par exemple un greffier* (1). Toutefois, ces copies ne font preuve complète qu'autant qu'elles sont *anciennes;* elles sont anciennes lorsqu'elles ont trente ans de date.

Ces copies font pleine foi, parce que, l'époque où elles ont été tirées étant très-éloignée de celle où l'on en fait usage, il y a lieu de présumer qu'elles n'ont pas été faites pour le besoin de la cause: on ne prépare point une fraude trente ans à l'avance!

Quelles sont celles qui ne font pas preuve complète, mais qui servent de commencement de preuve par écrit, à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale?

1584. — SECONDE CLASSE. *Copies qui ne font pas preuve complète, mais qui servent de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve testimoniale.* Ont cet effet:

1° *Les copies dont il a été parlé plus haut, dans le 4°,* LORSQU'ELLES NE SONT PAS ANCIENNES, c'est-à-dire lorsqu'elles n'ont pas au moins trente ans de date;

2° *Si anciennes qu'elles soient, les copies qui ont été tirées par un officier public qui n'était pas le dépositaire légal de la minute,* par exemple par un juge qui délivre copie d'un jugement qu'il a rendu. Ce sont, en effet, les greffiers qui sont les dépositaires légaux de la minute des jugements, et c'est à eux seuls qu'appartient le droit d'en délivrer copie.

Celles qui ne font même pas commencement de preuve par écrit, mais qui peuvent servir de renseignement?

1585. — TROISIÈME CLASSE. *Copies qui ne font même pas commencement de preuve par écrit, mais qui peuvent servir de renseignement.* — Ont cet effet les copies de copies.

— Il existe deux exceptions au principe que les copies de copies ne peuvent servir que de simples renseignements.

(1) Il arrive souvent qu'à l'occasion d'un procès la minute d'un acte authentique est déposée au greffe.

Art. 1336.

Le principe que les copies ne peuvent servir que de simple renseignement ne souffre-t-il pas des exceptions?

La première est écrite dans l'art. 1336 du Code Napoléon. Il y est dit, en effet, que la *transcription* (voy., sous le n° 686, la définition de la transcription) sur le registre public peut servir de commencement de preuve par écrit. Or, la transcription n'est que la copie d'une copie : car le conservateur qui la fait reproduit sur son registre, non pas le titre *original*, qui ne lui est point présenté, mais une *expédition* de ce titre.

A quelles conditions la transcription peut-elle servir de commencement de preuve par écrit?

Remarquons que la transcription ne peut servir de commencement de preuve par écrit qu'autant :

1° Qu'il est constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, sont perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a eu lieu par un accident particulier ;

2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date.

Au reste, si, ces deux conditions étant remplies, la preuve testimoniale est admise, il est nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus.

1587. — La seconde exception au principe que les copies de copies ne peuvent servir que de simple renseignement est écrite dans l'art. 844 du Code de procédure. Remarquez que, dans l'hypothèse prévue par cet article, la copie de copie ne sert pas seulement de commencement de preuve par écrit ; elle tient lieu de l'original et, comme lui, fait preuve complète.

36e *Répétition.*

§ V. — *Des actes récognitifs et confirmatifs.*

Art. 1337.

A quel acte est opposé l'acte *récognitif*?

Qu'est-ce que l'acte *primordial*?

L'acte *récognitif*?

1588. — I. *Des actes récognitifs.* — L'acte *récognitif* est opposé à l'acte *primordial*.

L'acte *primordial* est celui qui a été dressé pour constater la convention ou le fait quelconque qui a donné naissance à l'obligation. Le titre *récognitif*, appelé aussi titre *nouvel*, est celui qui a été dressé pour constater la reconnaissance que le débiteur a faite de l'obligation constatée déjà dans l'acte primordial.

L'acte récognitif dispense-t-il de la représentation de l'acte primordial?

Pourquoi n'a-t-il par lui-même aucune force probante?

En principe, l'acte récognitif ne dispense point le créancier de représenter le titre primordial.

Ainsi, l'acte récognitif n'a par lui-même aucune force probante : le créancier ne peut pas s'en servir à l'effet de prouver l'existence de l'obligation. Mais pourquoi? L'acte récognitif ne contient-il pas un aveu signé du débiteur, et l'aveu n'est-il pas, par lui-même, un moyen de preuve? D'où vient donc que cet aveu est ici inefficace ?

Rationnellement, cette théorie ne saurait être justifiée. Tous les auteurs reconnaissent qu'une erreur de Pothier y a donné lieu. Les anciens seigneurs avaient autrefois trouvé, dans les actes récognitifs, le moyen d'augmenter leur puissance au préjudice de leurs vassaux : ils exigeaient la reconnaissance de leurs droits,

et, dans l'acte récognitif qu'ils faisaient dresser à cet effet, ils introduisaient presque toujours, à l'insu de leurs vassaux, quelque chose de plus que ce qui se trouvait dans le titre primordial. Ce fut pour mettre un terme à cet abus qu'on décida que les actes récognitifs ne dispenseraient point le seigneur de représenter le titre primordial, *toutes les fois que l'acte récognitif ne contiendrait point la teneur de ce titre*. Pothier, trouvant cette théorie fort utile, la généralisa, sans prendre garde que, bonne contre les seigneurs, elle était peu rationnelle, du moment qu'on l'appliquait à toutes personnes. Si, en effet, le titre *primordial* prouve l'existence de l'obligation, n'est-ce pas parce qu'il en contient l'aveu signé du débiteur? Or, le titre récognitif ne contient-il pas, lui aussi, un aveu signé du débiteur? Les rédacteurs du Code, sur la foi de Pothier, sont tombés dans la même erreur (1).

1588. — Quoi qu'il en soit, la loi est formelle : l'acte *récognitif* ne dispense point le créancier de représenter le titre primordial; en d'autres termes, il ne prouve point l'existence de l'obligation.

Quelle est donc son utilité?

Mais alors à quoi sert-il? quelle est son utilité? — Il interrompt la prescription.

Soit une rente perpétuelle constatée par un acte primordial; le créancier exige et reçoit régulièrement les arrérages. Trente ans se passent ainsi : le débiteur, s'il est de mauvaise foi, peut se prétendre libéré par la prescription. « Pendant trente ans, dira-t-il au créancier, vous êtes resté dans l'inaction; vous n'avez point exigé d'arrérages et je n'en ai point payé : le bénéfice de la prescription m'est donc acquis. » Le créancier objectera-t-il qu'il a, chaque année, perçu les arrérages de la rente? Mais comment le prouvera-t-il? Les quittances qui prouvent les paiements qui lui ont été faits, il ne les a pas; elles sont en la possession du débiteur, qui se gardera bien de les produire! Le créancier sera donc victime de la mauvaise foi de son débiteur. C'est pour prévenir cette fraude que la loi permet au créancier, quand le titre primordial a vingt-huit ans de date, de se faire donner par son débiteur un titre récognitif de la rente (voy. les Form. 502 à 504). Lorsque ce second titre aura à son tour vingt-huit ans de date, il pourra exiger un second acte récognitif, et ainsi de suite; de cette manière, il n'aura pas à craindre la prescription (voy. art. 2263).

Le principe que l'acte récognitif ne dispense point le créancier de représenter le titre primordial, en d'autres termes, qu'il ne prouve point par lui-même l'existence de l'obligation,

1589. — Le principe que l'acte récognitif ne dispense point le créancier de représenter le titre primordial, en d'autres termes, qu'il ne prouve point, par lui-même, l'existence de l'obligation, souffre deux exceptions.

1° L'acte récognitif équipolle à l'acte primordial, et en tient lieu, lorsqu'il en reproduit la *teneur* (2).

(1) MM. Dur., t. XIII, n° 263; Marc., art. 1337; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 419-420.

(2) M. Bigot-Préameneu explique la chose autrement. Suivant lui, l'acte

ne souffre-t-il pas des exceptions?

Il en reproduit la *teneur* lorsqu'il contient, non pas seulement un *résumé*, mais l'*ensemble* de ses dispositions. C'est ainsi qu'on l'entendait autrefois, et les rédacteurs du Code, qui ont servilement copié l'ancienne doctrine, qui l'ont même, à certains égards, exagérée, n'ont pas, assurément, eu l'intention de l'adoucir sur ce point. Il est bien entendu, au reste, qu'il n'est pas nécessaire que l'acte récognitif contienne la copie littérale et textuelle de l'acte primordial; il suffit qu'il contienne la narration de chacune de ses dispositions.

2° L'acte récognitif, quoiqu'il ne contienne pas la teneur de l'acte primordial, peut prouver l'existence de l'obligation lorsque ces trois conditions concourent : 1° qu'il y ait plusieurs actes récognitifs, conformes l'un à l'autre; 2° qu'ils soient soutenus de la possession; 3° que l'un d'eux ait au moins trente ans de date.

Quid, s'il y a quelque chose de plus dans le titre récognitif que dans le titre primordial?

1590. — Le débiteur qui signe l'acte récognitif n'a point pour but de s'obliger de nouveau; il reconnaît un ancien état de choses, sans entendre le modifier. De là la règle que les additions ou changements que contient l'acte récognitif ne produisent aucun effet. C'est ce que notre article exprime en ces termes : « Ce qu'il (l'acte récognitif) contient de plus que l'acte primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. » C'est au débiteur à prouver que la dette énoncée dans le titre primordial est moins forte, moins onéreuse, que celle qui est écrite dans l'acte récognitif. Cette preuve, on le comprend, sera bien difficile à faire si l'acte primordial est perdu.

Au reste, s'il est démontré que les parties ont agi *animo novandi*, qu'elles ont entendu changer, modifier l'ancien état de choses existant, les additions ou changements contenus dans l'acte récognitif sont alors obligatoires. Dans ce cas, en effet, l'acte, quoique qualifié *récognitif*, est plutôt *primordial*, puisqu'il a pour objet de constater une opération nouvelle, une novation, la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne.

Art. 1338.

La confirmation peut-elle être valable, bien que l'acte de confirmation soit nul? Réciproquement, ne se peut-il pas que l'acte de confirmation soit régulier et la confirmation frappée de nullité?

1591. — II. *Des actes confirmatifs.* — 1° *Observation.* — La loi confond, sous cette rubrique, deux choses qui sont pourtant bien distinctes : la *confirmation* d'un contrat annulable, et la *preuve* de la confirmation, — en d'autres termes, les conditions auxquelles est subordonnée la validité de la confirmation, et les formes prescrites pour la validité de l'acte qui est destiné à la prouver. La *confirmation* peut être valable, tandis que l'*acte* de confirmation est frappé de nullité; et, réciproquement, l'*acte de confirmation* peut être régulier, tandis que *la confirmation* est annulable. C'est un point que nous démontrerons tout à l'heure.

Qu'est-ce que la confirmation (ou ratification)?

1592. — 2° *Ce que c'est que la confirmation, et quels contrats peuvent être confirmés.* — La *confirmation* ou *ratification*, — ces deux mots expriment la même idée (1), — est l'acte par lequel on fait

récognitif fait preuve de l'obligation lorsqu'il contient la déclaration que la teneur du titre primordial y est relatée.

(1) Cependant le mot *ratification* n'est pas toujours synonyme du mot *con-*

disparaître d'un contrat *annulable* ou *rescindable* les vices dont il était affecté, et à raison desquels il aurait pu être annulé sur la demande de l'une des parties; ou, plus simplement, *la renonciation au droit qu'elle a de faire annuler le contrat*.

Quels sont les contrats qui sont susceptibles de confirmation? Ceux qui ne le sont pas?

Un contrat peut exister, quoique d'une manière imparfaite, et on dit alors qu'il est vicieux, annulable ou rescindable; mais ce vice qui l'infecte, et en raison duquel il peut être annulé, peut être effacé par la ratification. Les contrats contre lesquels la loi admet l'action en nullité ou en rescision, c'est-à-dire les contrats *annulables*, sont donc les seuls qui soient susceptibles de ratification. Les contrats *nuls*, c'est-à-dire ceux qui, aux yeux de la loi, n'ont aucune existence, pas même une existence imparfaite ou vicieuse, restent perpétuellement nuls: on peut réparer un contrat vicieux, on ne répare point le néant (voy. les nos 1481 à 1486).

Comment peut être faite la confirmation?

1593. — 3° *Comment peut être faite la ratification. Quand elle peut l'être. A quelles conditions est subordonnée sa validité.* — La ratification peut être faite *expressément* ou *tacitement*. Elle est *expresse* lorsqu'elle résulte d'une déclaration écrite ou verbale; *tacite* lorsqu'elle résulte soit du silence qu'a gardé, pendant dix ans, celle des parties qui pouvait faire annuler le contrat (article 1304), soit de l'exécution qu'elle en a volontairement faite.

Quand peut elle être faite?

La ratification ne peut pas être faite valablement, tant que dure l'état de choses d'où est né le vice du contrat, c'est-à-dire : tant que la violence n'a pas cessé, si le contrat est annulable pour cause de violence; tant que l'erreur ou le dol n'a pas été découvert, lorsque le vice du contrat résulte de l'erreur ou du dol; tant que l'incapacité dure encore, si le contrat est rescindable pour cause d'incapacité.

Quel est l'effet d'une ratification conçue en termes généraux?

La loi veut que la partie qui ratifie agisse librement et en parfaite connaissance de cause, sachant bien que le contrat est vicieux et la nature du vice dont il est infecté. Ainsi, lorsque la ratification est faite en ces termes : « Je ratifie tel contrat, que j'ai fait à telle époque...; je déclare le purger de tous les vices dont il est infecté, et renoncer aux actions en nullité ou en rescision que je puis avoir, » il n'y a de purgés que les vices qui, au moment de la ratification, étaient connus de la partie qui a ratifié.

La ratification est-elle un contrat proprement dit?

La ratification n'est pas un contrat proprement dit : elle n'exige point, en effet, le concours des deux parties. La volonté de celle qui avait le droit de faire annuler le contrat suffit à la ratification : car, l'autre partie ayant voulu faire un contrat valable, et son consentement étant donné une fois pour toutes, sa volonté se trouve ainsi toujours subsistante.

Quels sont les effets

1594. — 4° *Des effets de la ratification expresse ou tacite.* — La

firmation. Ainsi, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1998, la *ratification* n'est plus l'acte par lequel on fait disparaître d'un contrat annulable le vice à raison duquel il pouvait être annulé; c'est alors l'acte par lequel un mandant approuve et accepte pour lui un contrat que le mandataire avait fait en dehors de son mandat.

de la ratification expresse ou tacite?

ratification a pour effet de faire considérer le contrat comme ayant été régulier et valable dès le moment même de sa formation. Je vous ai vendu ma maison en 1850, pendant que j'étais mineur; en 1858, je ratifie la vente, soit expressément, soit tacitement, en l'exécutant, c'est-à-dire en vous livrant la maison : la vente est alors réputée avoir été valable *ab initio*, et avoir produit ses effets dès le moment même de sa formation.

Comment faut-il entendre la règle que la ratification n'est pas opposable *aux tiers*? Ne l'est-elle pas quelquefois?

C'est du moment même de la vente, et non pas du moment de sa ratification, que date votre droit de propriété. Mais, bien entendu, cette rétroactivité de la ratification ne doit point préjudicier au droit *des tiers*.

Cette règle doit être bien comprise. Je la traduis ainsi : Celle des parties qui a le droit de faire annuler le contrat peut, soit expressément, soit tacitement, céder à un tiers son action en nullité. Lorsqu'elle l'a cédée, elle ne peut plus y renoncer : car ce serait disposer du droit d'autrui. En d'autres termes, *la personne qui a cédé son action en nullité, c'est-à-dire le droit de reprendre sa chose, en faisant annuler le contrat qu'elle a fait, ne peut point, par une ratification postérieure, dépouiller son cessionnaire du droit qu'elle lui a transmis.*

J'ai, pendant que j'étais mineur, vendu ma maison à *Primus;* devenu majeur, je la vends à *Secundus*, après quoi je ratifie la première vente : cette ratification est nulle à l'égard de *Secundus*. En lui vendant la maison, je lui ai tacitement cédé tous les droits que j'avais sur elle, et, par suite, le droit de la reprendre ou de la conserver en exerçant mon action en nullité; or, celui qui a cédé son droit à un tiers a perdu le droit d'en disposer en y renonçant.

Pendant que j'étais mineur, j'ai hypothéqué ma maison à *Primus;* devenu majeur, je l'ai hypothéquée à *Secundus*, après quoi j'ai ratifié la première hypothèque : cette ratification est-elle valable à l'égard de *Secundus?* La question me semble devoir se résoudre par une distinction :

La valeur de l'immeuble hypothéqué est-elle inférieure, égale ou très-peu supérieure au montant de la somme due à *Primus :* on doit naturellement supposer qu'en accordant une hypothèque à *Secundus*, je lui ai tacitement cédé (dans la limite de son intérêt) le droit que j'avais de faire mettre à néant la première hypothèque, puisque, sans cette cession, l'hypothèque que je lui ai consentie n'eût été qu'une sûreté à peu près illusoire. Dans ce cas, la ratification est nulle à l'égard de *Secundus;* je n'ai pas pu le dépouiller du droit que je lui avais cédé.

La valeur de l'immeuble est-elle, au contraire, de beaucoup supérieure : la seconde hypothèque étant alors très-conciliable avec le maintien de la première, il n'y a pas lieu de présumer qu'en constituant la seconde, j'ai tacitement renoncé, dans l'intérêt de *Secundus*, au droit de ratifier celle que j'avais consentie en minorité. Dans ce cas, la ratification produirait son effet, même à l'égard de *Secundus*.

En résumé j'entends par *tiers* ceux auxquels l'action en nullité a été cédée expressément ou tacitement.

En résumé, quels sont les tiers auxquels elle n'est pas opposable?

Il ne faut point comprendre dans cette catégorie les créanciers chirographaires de la personne qui a ratifié. Ils ont, à la vérité, un droit de gage sur tous les biens de leur débiteur (art. 2092); mais ce gage n'affecte réellement (sauf l'application des art. 1166 et 1167) que les biens dont il est propriétaire au moment où ils usent de leur droit de saisie (voy., par argum., le n° 1169). Si donc l'action en nullité ne lui appartient plus à cette époque, s'il en a disposé en ratifiant, ses créanciers, ne pouvant plus la saisir, subissent les effets de la ratification.

L'est-elle aux créanciers chirographaires du débiteur qui l'a faite?

1595. — 5° *De la preuve de la ratification.* — Il faut ici, en principe, appliquer les règles du droit commun. Ainsi, la ratification peut toujours être prouvée par l'aveu de la partie qui a ratifié, ou par le serment; elle peut l'être par témoins et par de simples présomptions, jusqu'à 150 fr., et même au-dessus de cette somme, s'il existe un commencement de preuve par écrit ou lorsqu'on se trouve dans l'une des hypothèses prévues par l'art. 1348.

Comment se prouve la ratification?

Si les parties en dressent un écrit, à quelles conditions est subordonnée sa force probante?

Mais, par exception au droit commun, si les parties dressent un écrit, l'acte de confirmation ne fait preuve complète qu'autant qu'il contient : 1° la *substance* de l'obligation à confirmer, c'est-à-dire les éléments essentiels qui la constituent, et, par exemple, s'il s'agit d'un contrat de vente, la désignation du prix et de la chose vendue; — 2° la mention du vice dont elle est entachée; — 3° l'intention d'effacer le vice qui a été désigné. Ces mentions sont une garantie que la confirmation a été faite, ainsi que le veut la loi (voy. le n° 1593), en parfaite connaissance de cause. Ainsi, lorsque l'obligation renferme plusieurs vices, il n'y a d'effacés que ceux qui sont spécialement indiqués dans l'acte de ratification.

L'acte de confirmation qui ne contient pas les énonciations dont il vient d'être parlé est irrégulier; mais son irrégularité n'entraîne point la nullité de la ratification, dont la validité peut être établie, à défaut de preuve écrite, par les autres moyens de preuve que la loi autorise. — L'acte de confirmation qui n'est pas régulier n'est même pas *nul* : il ne fait point, à la vérité, preuve complète de la ratification; mais il peut servir de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve par témoins ou par simples présomptions, lorsque l'objet de l'obligation ratifiée dépasse 150 fr.

L'irrégularité de l'acte de confirmation entraîne-t-elle la nullité de la confirmation?

L'acte irrégulier peut-il servir de commencement de preuve par écrit?

Art. 1339 et 1340.

1596. — III. *Des donations qui sont nulles pour vice de formes.* — On sait que les donations sont des contrats solennels, et qu'en conséquence elles sont *nulles* lorsque les formes auxquelles est subordonnée leur validité n'ont pas été observées (voy. les n°s 653 et s., 1035 et 1482-3°)

La donation nulle pour vice de formes est-elle susceptible de ratification?

Quelle distinction la loi fait-elle à cet égard?

Cette distinction est-elle logique?

Comment la justifie-t-on?

Ainsi, le contrat de donation qui n'est pas fait dans les formes prescrites *n'a aucune existence; la loi ne le reconnaît point.* De là l'impossibilité de ratification : nul en la forme, il faut qu'il soit refait dans la forme légale.

Cette impossibilité de ratification s'applique aussi bien à la ratification tacite qu'à la ratification expresse. Soit une donation promise et acceptée verbalement, puis consignée dans un acte sous seing privé; le donateur, qui sait que la donation est nulle, l'exécute volontairement et livre au donataire l'*immeuble* qu'il lui a promis : les deux opérations sont frappées de nullité. La première ne vaut pas comme donation, puisqu'elle n'a pas été faite dans la forme légale; la seconde ne vaut ni comme ratification, car on ne ratifie pas les contrats qui n'ont aucune existence, ni comme donation, car les donations qui ont pour objet des immeubles ne se font point par une simple tradition de la chose promise.

Si l'objet promis à titre de libéralité et livré est un *meuble*, l'exécution volontaire de la promesse vaut alors comme donation, car les donations de meubles peuvent s'effectuer par la simple tradition de la chose promise (voy. le n° 680). Mais remarquez que l'exécution volontaire d'une donation *mobilière* nulle parce qu'elle n'a pas été faite selon les formes légales n'est pas une *ratification* : c'est une donation manuelle, dont les effets ne remontent pas, comme ceux de la ratification, au jour de la formation du contrat ratifié (voy. le n° 1594).

1597. — La donation qui ne peut pas être ratifiée *par le donateur*, quand elle est nulle pour vice de formes, peut l'être expressément ou tacitement *par ses héritiers*. Quel est le motif de cette différence? On en a donné plusieurs. Voici le principal : Les formes auxquelles est subordonnée la validité des donations ont été prescrites dans l'intérêt des familles : les héritiers du donateur peuvent donc renoncer au bénéfice résultant pour eux de l'inobservation de ces formes, lorsqu'ils reconnaissent que la donation qui émane de leur auteur a été faite légitimement et en parfaite connaissance de cause (1).

Cette explication, quoiqu'elle paraisse rationnelle, ne me satisfait point. La loi, dit-on, défend au donateur de ratifier, afin de sauvegarder l'intérêt de ses héritiers. Mais alors pourquoi ne pas le défendre à ceux-ci dans l'intérêt de leurs propres héritiers? Si la ratification est dangereuse dans le premier cas, quelle raison y a-t-il de la déclarer sans danger dans le second? C'est ce qu'on ne dit pas.

On pourrait, peut-être, en donner la raison suivante. La donation qui n'a pas été faite dans les formes légales est suspecte aux yeux de la loi : car rien ne prouve qu'elle a été faite librement et en parfaite connaissance de cause. La ratification émanée du donateur ne fait point cesser les soupçons de la loi : car cette ratification, étant affranchie de toutes formes, a pu intervenir sous l'empire des mêmes passions, de la même faiblesse. Mais, lorsque les héritiers respectent la volonté de leur auteur, cette reconnais-

(1) Dem., *Progr.*, t. II, n° 825; Marc., art. 1340.

sance de la libéralité qu'il a faite en montre suffisamment la légitimité. Comment croire, en effet, que le donateur et ses héritiers ont subi les mêmes influences ou cédé aux mêmes passions? Dès ce moment les scrupules de la loi sont levés : elle reconnaît la validité de la donation faite par le défunt.

SECTION II. — DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

Art. 1341.

1598.—I. *Origine des dispositions du Code Napoléon sur la preuve testimoniale.* — La preuve testimoniale fut d'abord très-favorable dans notre ancien droit français. Elle était admise dans tous les cas, et nos ancêtres y avaient une telle foi qu'ils la préféraient à la preuve littérale : « témoins passent lettres, » disaient-ils. Mais, en 1566, la maxime : *Témoins passent lettres* fut remplacée par la maxime contraire : *Lettres passent témoins*. Charles IX, étant aux Etats de Moulins, rendit, sur la proposition du chancelier L'Hospital, une Ordonnance (1) où il établit, en forme de règles, les deux prohibitions qui suivent :

Quelle est l'origine de notre art. 1341 ?

1° Celui qui a pu se procurer une preuve *littérale* n'est pas admis à faire preuve par témoins lorsque la chose excède 100 livres.

2° Lorsqu'un écrit existe, la preuve testimoniale n'est pas admise à l'encontre de cet écrit, encore bien que la chose n'excède pas 100 livres.

Quelles règles consacre-t-il ?

Ces restrictions, que Louis XIV maintint et confirma dans sa fameuse Ordonnance de 1667 *sur la procédure*, ont été reproduites, à peu près dans les mêmes termes, par l'art. 1341 de notre Code Napoléon; seulement, le chiffre de 100 livres a été remplacé par celui de 150 fr.

1599.—II. *Motifs de ces restrictions.*—Deux motifs les justifient : 1° la crainte de la multiplicité des procès; 2° la crainte de la subornation des témoins. Le premier de ces motifs se trouve indiqué dans le préambule de l'Ordonnance de Moulins; le second nous est donné par Pothier.

Quels sont les motifs de ces restrictions ?

La crainte de la multiplicité des procès aurait dû, ce semble, faire exclure la preuve testimoniale, même au-dessous de 150 fr.; mais deux considérations ont fait rejeter cette exclusion.

Pourquoi permet on la preuve testimoniale au-dessous de 150 fr. ?

1° Si les conventions dont l'objet ne dépasse pas 150 fr. ne pouvaient pas être prouvées par témoins, la nécessité de recourir à l'écriture, et surtout la nécessité d'aller chez le notaire, lorsque les parties ne savent pas écrire, empêcherait souvent de petites opérations qui, d'ordinaire, se font avec beaucoup de célérité et à peu de frais.

2° Lorsque l'intérêt du demandeur est si modique, la subornation des témoins n'est pas à craindre.

Les parties qui contractent doivent-

1600. — III. PREMIÈRE RÈGLE. « Il *doit* être passé acte devant

(1) On l'appelle *Ordonnance de* 1566, ou *de Moulins*.

elles dresser un écrit qui constate leur convention ? Quelle est la sanction de ce devoir ?

notaire, *ou* sous signature privée, de *toute chose excédant la somme ou la valeur de* 150 *fr.*, *même pour dépôt volontaire.* »

« *Il doit être passé acte...* » C'est donc un *devoir* que la loi impose à tout citoyen qui contracte ou qui effectue un paiement, et un devoir d'ordre public, puisque l'écrit qu'exige la loi a pour but d'éviter des procès. Ce devoir a pour sanction l'exclusion de la preuve testimoniale. Ainsi, point de preuve par témoins au-dessus de 150 fr. Mais, bien entendu, la loi n'exige pas l'impossibilité; on ne *doit* que ce que l'on *peut* ! Lors donc qu'il y a impossibilité physique ou morale de dresser un écrit, le devoir de le dresser n'existe point. Aussi verrons-nous bientôt que la preuve testimoniale est admise toutes les fois qu'il a été impossible à celui qui réclame de se procurer une preuve écrite (voy. le n° 1610).

L'écrit peut-il être authentique ou sous seing privé, au choix des parties ?

« *Un acte passé par-devant notaire ou sous seing privé...* » Cette alternative n'est laissée aux parties que pour les contrats *consensuels;* quant aux contrats *solennels*, tels que la donation, la constitution d'hypothèque..., l'acte doit être dressé dans la forme authentique (voy. le n° 1543).

Remarquons, de plus, qu'un contrat consensuel est, quant à sa validité, indépendant de l'écriture. Son existence peut donc, à défaut de preuve littérale ou testimoniale, être établie soit par le serment, soit par l'aveu.

Il n'en est pas de même des contrats solennels : l'absence d'un acte authentique, ou la nullité de l'acte, emporte la nullité du contrat lui-même. L'écriture n'est pas ici exigée *ad probationem* seulement; c'est une condition de la validité du contrat (voy. les nos 653, 1035 et 1482-3°).

Est-ce seulement pour *les contrats* que la loi exige la rédaction d'un écrit ?

« *De toute chose...* » Ce n'est donc pas seulement pour les *contrats* que la loi exige la rédaction d'un écrit; elle l'exige pour toutes choses, c'est-à-dire tant pour les conventions qui *créent* que pour celles qui *éteignent* des obligations. Ainsi, le débiteur qui fait un *paiement* doit, lorsque la somme dépasse 150 fr., retirer une quittance écrite ; s'il ne le fait pas, il n'est point admis à prouver sa libération par témoins.

La preuve testimoniale est-elle toujours admissible *au-dessous* de 150 fr. ?

« *Excédant la somme ou la valeur de* 150 *fr...* » Ainsi, pour toute valeur qui ne dépasse pas ce chiffre, la preuve testimoniale est, en principe, admissible. Je dis *en principe*, parce qu'il existe dans le Code, je le montrerai bientôt, des cas où la preuve par témoins n'est pas admise, même au-dessous de 150 fr.

Quid, si la chose demandée n'est pas une somme d'argent ?

Lorsque la chose demandée n'est pas une somme d'argent, la preuve testimoniale doit être rejetée ou admise, suivant que la valeur de l'objet en litige est au-dessus ou au-dessous de 150 fr. Les juges font eux-mêmes cette évaluation ; et ils ont pour la faire un pouvoir discrétionnaire. Ils ne doivent avoir recours à l'expertise qu'autant que cela est absolument nécessaire (1).

(1) MM. Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 435.

« *Même pour dépôt volontaire...* » Le Code a dû s'expliquer expressément sur ce cas particulier, afin de prévenir certains doutes qui déjà s'étaient élevés dans notre ancienne jurisprudence.

Pourquoi la loi a-t-elle pris soin de nous dire que notre article s'applique *même au dépôt volontaire?*

Plusieurs jurisconsultes soutinrent, sous l'empire de l'Ordonnance de Moulins, que le dépôt volontaire pouvait toujours être prouvé par témoins. « La preuve testimoniale est admise, disaient-ils, toutes les fois qu'il y a eu, pour le créancier, impossibilité physique ou morale de se procurer une preuve écrite de son droit; or, n'est-il pas vrai qu'un déposant n'a moralement pas le pouvoir de retirer une reconnaissance du dépôt? Tout le monde comprend, en effet, qu'il n'osera pas l'exiger, dans la crainte de blesser, par une marque de défiance, celui auquel il demande un service purement gratuit. »

Ce raisonnement manquait de justesse. Le déposant ne fait pas, en effet, injure au dépositaire lorsqu'il lui demande une reconnaissance écrite des choses qu'il lui confie: cette mesure de prudence est prise, non pas contre lui, mais contre ses héritiers, qu'on ne peut connaître à l'avance, et qui, d'ailleurs, pourraient, dans l'ignorance du dépôt, le nier légitimement. Le déposant peut donc, sans crainte, faire dresser un écrit; s'il ne le fait pas, il est coupable. C'est ce qu'a pensé l'Ordonnance de 1667, et notre Code après elle.

1601. — IV. *Développement de notre règle.* — La loi, afin d'éviter les procès, et aussi dans la crainte de la subornation des témoins, veut que toute opération dont l'objet excède 150 fr. soit constatée par écrit: c'est un devoir qu'elle impose. A côté de ce devoir, elle place la sanction: celui-là n'est pas admis à faire preuve par témoins qui a pu se procurer une preuve écrite, et qui ne l'a pas fait.

Et, comme les événements ultérieurs n'effacent point la faute qu'il a commise dans le principe, la sanction de la loi est irrévocable, définitive: la preuve testimoniale n'est pas admise, lors même que l'intérêt du demandeur se trouve, au moment de la demande, inférieur à 150 fr. Posons donc cette règle:

Quoique l'objet de la DEMANDE *ne dépasse point* 150 *fr., la preuve testimoniale n'est pas admissible si l'objet de la* CONVENTION *a été supérieur à cette somme.*

Art. 1343.

Celui qui a demandé plus de 150 fr. doit-il être admis à prouver sa demande par témoins s'il la restreint à 150 fr. ?

De là il suit:

1° « Que celui qui a formé une demande excédant 150 fr. ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande. » En réclamant plus de 150 fr., le demandeur qui ne justifie pas sa demande par écrit avoue par là même qu'il n'a pas obéi aux prescriptions de la loi; il doit subir la peine de sa faute. C'est vainement qu'il abaisse sa prétention au chiffre de 150 fr.: sa renonciation à une portion de sa prétention ne peut pas faire qu'il n'ait été en faute au moment du contrat.

Art. 1344.

La demande d'une

2° « Que la demande d'une somme qui ne dépasse point 150 fr. ne peut pas être prouvée par témoins, si la somme demandée est

somme qui ne dépasse point 150 fr. peut-elle être prouvée par témoins lorsque la somme demandée est déclarée être le restant d'une somme supérieure à 150 fr. ?

Quid, si, dans le cas d'une demande dont l'objet ne dépasse pas 150 fr., les témoins déposent d'une somme plus forte?

déclarée être le *restant* ou faire *partie* d'une somme plus forte qui n'est point prouvée par écrit. » Ici, encore, le demandeur avoue sa faute; il en subit la peine.

3° « Que la demande formée pour 150 fr. seulement doit être rejetée si les témoins déposent d'une obligation plus forte. » Elle doit être rejetée, parce qu'elle n'est pas justifiée; elle n'est pas justifiée, puisque la preuve qui a été fournie, ayant été faite en violation de la loi, est, en justice, nulle et de nul effet (1).

1602. — La loi veut qu'il soit dressé un écrit, non-seulement lorsque le droit qui fait l'objet de la convention dépasse 150 fr., mais encore lorsque le droit qui doit naître de la convention est susceptible de recevoir des accroissements qui l'élèveront au-dessus de 150 fr., ou lorsqu'en l'additionnant avec un autre droit déjà existant, il doit donner un chiffre supérieur à cette somme. En d'autres termes et pour généraliser : *la preuve testimoniale n'est pas admissible dès l'instant que l'objet de* LA DEMANDE *est supérieur à* 150 *fr., eût-il été, dans l'origine, inférieur à cette somme.*

Art. 1342.

Quid, dans le cas où les intérêts échus, réunis au capital, dépassent 150 fr.?

De là il résulte :

1° Que la preuve testimoniale n'est pas admissible au cas « où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de 150 fr. » — Le créancier qui a, sans écrit, mais en présence de témoins, prêté, à 5 pour 100, une somme inférieure à 150 fr., doit donc avoir le soin de se faire payer exactement, chaque année, les intérêts échus, ou, s'il les laisse accumuler, d'exiger un écrit dès que, réunis au capital, ils vont dépasser 150 fr. : autrement, il ne lui resterait plus, pour prouver le prêt, que la ressource de l'aveu ou du serment.

Faut-il tenir compte des intérêts qui courent pendant le procès?

— Il est bien entendu que la preuve testimoniale est admissible jusqu'à 150 fr., lors même que la somme demandée est susceptible de dépasser le chiffre légal par suite des intérêts qui courent pendant le procès. Le retard que le débiteur récalcitrant a mis à payer ne peut pas, en effet, enlever au créancier le bénéfice de la preuve testimoniale.

Art. 1345 et 1346.

Quid, si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes qui, *jointes ensemble*, excèdent la somme de 150 fr. ?

2° Que, « si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y a point de titre par écrit, et que, *jointes ensemble*, elles excèdent la somme de 150 fr., la preuve par témoins n'est pas admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se sont formées en différents temps » (à moins toutefois qu'après avoir appartenu à différentes personnes elles ne se soient, par succession ou donation, réunies sur une seule et même tête).

La partie qui a contre le même débiteur plusieurs créances échues peut-elle former

1603. — Rien ne serait plus facile, on le conçoit, que d'éluder la règle que les créances au-dessous de 150 fr. ne se prouvent point par témoins, lorsque, jointes ensemble, elles excèdent le chiffre

(1) MM. Dur., t. XIII, n° 323; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 430.

légal, s'il était permis au créancier de former autant de demandes distinctes et séparées qu'il a de créances ; mais la loi a su prévenir cette fraude à ses prescriptions. Elle déclare, à cet effet, que « toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, devront être formées par un *même exploit*, après lequel les autres demandes, dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront point reçues. » Ainsi, je vous ai vendu un objet mobilier moyennant la somme de 50 fr. ; je vous ai ensuite prêté, une première fois, 40 fr. ; une seconde fois, 50 fr. ; ces trois créances réunies donnent 140 fr. : la preuve testimoniale est admissible. Mais, si je vous prête encore 20 fr., je dois avoir le soin de faire constater par écrit ce nouveau prêt ; autrement, toutes mes créances seraient compromises. Réunies, elles dépassent 150 fr. : aucune d'elles ne pourrait être prouvée par témoins.

autant de demandes distinctes et séparées qu'elle a de créances? *Quid*, si elle ne les comprend pas toutes dans la même demande?

Si, étant créancier d'une somme inférieure à 150 fr., je deviens héritier d'une personne à laquelle mon débiteur doit une somme également inférieure à 150 fr., je puis prouver par témoins, bien que, réunies, elles dépassent le chiffre légal, chacune de mes créances, celle que j'ai de mon chef et celle que j'ai acquise par succession. Et la raison en est bien simple : lorsque diverses créances inférieures à 150 fr. ont d'abord appartenu à plusieurs personnes, aucune faute n'a été commise : car chacun des créanciers a pu légitimement négliger de faire constater sa créance par écrit.

Chacune des créances dont l'objet ne dépasse pas 150 francs peut-elle être prouvée par témoins, lorsqu'elles procèdent de différentes personnes?

1604. — Ainsi, lorsque plusieurs créances, actuellement réunies sur une même tête, procèdent de différentes personnes, chacune de celles dont le chiffre ne dépasse pas 150 fr. peut être prouvée par témoins. Il en est de même de celles qui sont nées de différentes causes au profit de la même personne, si, réunies, elles n'excèdent pas la même somme. Mais, dans l'une et l'autre hypothèse, le créancier ne peut pas former successivement des demandes distinctes et séparées pour chacune de ses créances : il doit toutes les comprendre dans le même exploit, sous peine de voir rejeter celles qui n'y figurent point. Toutes demandes, *à quelque titre que ce soit*, qui ne sont pas justifiées par écrit, doivent, en effet, être formées *par le même exploit*. L'art. 1346 est formel à cet égard : il ne distingue point entre les créances qui ne peuvent point et celles qui peuvent être prouvées par témoins. La règle qu'il consacre n'a pas seulement pour objet de sanctionner la prohibition de la preuve testimoniale ; elle a aussi pour but d'économiser les frais, en diminuant le nombre des enquêtes et des procédures. Elle s'applique donc à tout créancier qui a contre la même personne plusieurs créances actuellement échues (1).

Dans le même cas, doivent-elles être demandées toutes par le même exploit?

(1) MM. Dur., t. XIII, no 327; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 438-439 ; Marc., art. 1346. — S'applique-t-elle au cas où il existe une preuve écrite de chacune des créances? La négative est en toutes lettres dans l'ar-

En résumé, que faut-il considérer pour savoir si la preuve testimoniale est ou non admissible ?

1605. — En résumé, il faut, pour savoir si la preuve testimoniale est ou n'est pas admissible, considérer deux époques : le moment de la convention et le moment de la demande. L'objet de la *convention* était-il supérieur à 150 fr. : la preuve testimoniale n'est pas admissible, lors même que l'objet de la *demande* est inférieur à cette somme. Réciproquement, l'objet de la *demande* est-il supérieur à 150 fr. : la preuve testimoniale est inadmissible, même dans le cas où l'objet de la *convention* était inférieur à cette somme. Elle ne doit être admise que lorsque l'objet de la convention et l'objet de la demande sont l'un et l'autre inférieurs à 150 fr. « On se reporte au passé, parce que le vœu de la loi est qu'on s'assure une preuve stable dès le principe. On s'attache au présent, parce qu'il ne faut pas perdre de vue le danger de la corruption des témoins » (M. Bonnier).

Art. 1341.

Peut-on, *au-dessous* de 150 fr., prouver *outre* ou *contre* les actes?

Qu'est-ce que prouver *outre*?

Prouver *contre*?

1606. — V. DEUXIÈME RÈGLE. « Il n'est reçu aucune preuve par témoins *contre* et *outre* le contenu aux actes, ni sur ce qui est allégué avoir été dit avant ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. » C'eût été ouvrir la porte aux procès que de permettre de combattre la preuve littérale par la preuve testimoniale.

Ainsi, lorsqu'un écrit a été dressé, on ne peut pas prouver par témoins : 1° que telle clause qui n'est pas relatée dans l'acte a été cependant entendue et arrêtée entre les parties; 2° que telle clause qui y est relatée n'a point, en réalité, fait partie de la convention; 3° que la convention, telle qu'elle est relatée dans l'acte, a été modifiée, étendue ou restreinte, par des conventions postérieures. Si, par exemple, le billet par lequel je reconnais que telle somme m'a été prêtée, porte que l'emprunt a été fait à 5 0/0, je ne puis pas être admis à prouver par témoins qu'en réalité il a été fait gratuitement : ce serait prouver *contre* l'acte. Réciproquement, si le billet ne fait aucune mention des intérêts, le créancier ne peut pas prouver par témoins que le prêt a été fait à 5 0/0 : ce serait prouver *outre* l'acte.

Que doivent faire les parties qui *modifient* après coup une convention constatée par écrit?

Je résume ce système en cette formule : Les parties qui dressent un écrit doivent y insérer, d'une part, non-seulement l'objet principal de leur convention, mais encore toutes les clauses accessoires qui en font partie, et, d'autre part, y relater, à moins qu'elles ne fassent un second écrit qui les constate, les conventions postérieures qui ne sont que des *modifications* de la première, qui sont destinées à en faire partie à titre de clauses accessoires. Si elles ne le font pas, elles sont en faute, et la loi les punit en leur refusant le bénéfice de la preuve par témoins.

Il n'est pas nécessaire d'y relater ou de faire constater par un écrit particulier les conventions postérieures qui ont pour objet

ticle 1346. N'en pourrait-on pas conclure que sa disposition a eu uniquement pour objet de prévenir les fraudes au principe que les créances qui, réunies, dépassent 150 fr., ne se prouvent point par témoins?

l'anéantissement de la première, et, par exemple, le paiement ou la remise de la dette que l'écrit constate (1). Ainsi, le débiteur d'une somme qui ne dépasse point 150 fr. peut prouver par témoins le paiement de sa dette, bien qu'elle soit constatée par écrit : il n'attaque pas l'acte, puisqu'il convient de tout ce qui y est relaté; il soutient seulement qu'une autre convention a établi entre lui et le défendeur un état de choses tout nouveau, et pour la constatation duquel la loi n'exige point la rédaction d'un écrit (2).

Est-ce demander à prouver *contre* l'acte que demander à prouver que la dette qui y est relatée a été *payée*, ou, plus généralement, qu'elle est *éteinte*?

Le paiement des dettes constatées par écrit peut donc, jusqu'à 150 fr. être prouvé par témoins?

1607. — Remarquons que la loi ne défend la preuve par témoins *contre* et *outre* le contenu des actes que parce qu'il a été possible aux parties de se procurer une preuve écrite des clauses accessoires ou des modifications dont elles réclament le bénéfice. De là il résulte que la preuve testimoniale est admissible contre l'acte :

1° Lorsque la partie qui l'attaque soutient qu'elle ne l'a accepté tel qu'il est que parce qu'elle a été contrainte, induite en erreur ou surprise par le dol de l'autre partie : la violence, le dol et l'erreur sont, en effet, des circonstances dont on ne peut pas se procurer une preuve écrite.

Quid, lorsque la partie qui attaque l'acte soutient qu'elle ne l'a accepté tel qu'il est que parce qu'elle a été contrainte ou induite en erreur?

2° Lorsqu'il est attaqué par des tiers auxquels il préjudicie, car il n'a pas été en leur pouvoir de faire dresser un acte conforme à la vérité. Ainsi, un acte porte que mon père a vendu sa maison à mon frère moyennant la somme de 20,000 fr. *qui ont été payés comptant* : je puis prouver par témoins que cet acte est mensonger, qu'il cache une donation sous l'apparence trompeuse d'une vente, en d'autres termes, que le paiement du prix qui y est relaté n'a pas eu lieu. Si je fais cette preuve, mon frère sera tenu de rapporter à la succession de notre père la maison qu'il détient à titre de donataire.

Quid, lorsqu'il est attaqué par un *tiers* auquel il préjudicie?

1608. — VI. *Exceptions au principe que la preuve testimoniale n'est pas admissible au-dessus de 150 fr., ni, même au-dessous de cette somme, contre et outre le contenu des actes.* — La preuve testimoniale doit être admise au-dessus de 150 fr.; elle doit être admise même contre et outre le contenu des actes :

Art. 1347.

1° *Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.* — Le commencement de preuve par écrit est un acte, écrit par le défendeur ou par celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Paul m'a écrit en ces termes : « Mon ami, vous m'avez souvent rendu service; je vous prie de me venir en aide encore une fois. Prêtez-moi 500 fr. dont j'ai le plus grand besoin... » Cette lettre ne prouve point que j'ai prêté 500 fr. à Paul, car j'ai pu résister à ses pressantes sollicitations; mais elle rend vraisemblable l'existence du prêt : je pourrai donc, si je prétends l'avoir fait, tandis que Paul le nie, le prouver par témoins.

Les deux règles prohibitives de l'art. 1341 s'appliquent-elles toujours?

Qu'est-ce qu'un *commencement de preuve par écrit*?

1609. — Il n'est pas nécessaire que l'écrit invoqué par le de-

(1) Pourvu, bien entendu, que leur objet ne dépasse pas 150 fr.

(2) MM. Dur., t. XIII, n° 334; Marc., sur l'art. 1341; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 444. — J'ai combattu cette décision dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 4e année, p. 114 et s.

mandeur, à titre de commencement de preuve, soit signé. Il suffit : 1° *qu'il émane du défendeur* ou *de la personne qu'il représente;* 2° *qu'il rende vraisemblable le fait allégué.*

Quid, si celui auquel un écrit est opposé comme commencement de preuve soutient qu'il n'est pas de lui?

« *Qu'il émane du défendeur...* » Si celui auquel on l'oppose soutient qu'il n'émane point de lui, le demandeur qui l'invoque doit préalablement faire vérifier l'écriture ou la signature et constater judiciairement qu'elle appartient réellement au défendeur (ou à celui qu'il représente).

Quels sont ceux auxquels un écrit peut être opposé comme commencement de preuve?

« *Ou de celui qu'il représente...* » Ainsi, un écrit ne peut être opposé, comme commencement de preuve, qu'à celui qui l'a fait ou à ses successeurs universels ou particuliers ; et encore faut-il, quant à ses successeurs particuliers, que l'écrit qui est invoqué ait date certaine, antérieure à l'événement qui les a mis au lieu et place de leur auteur.

Un écrit ne peut-il pas quelquefois servir de commencement de preuve, bien qu'il n'émane pas du défendeur?

— Dans certains cas, que la loi détermine elle-même, un écrit peut servir de commencement de preuve, encore bien qu'il n'émane ni du défendeur ni de celui qu'il représente (voy., à ce sujet, les art. 1335 et 1336; voy. aussi l'expl. des art. 1328 et 324).

« *Qui rend vraisemblable le fait allégué...* » Les juges ont, à cet égard, un pouvoir souverain. « Il est, dit Pothier, laissé à l'arbitrage du juge de juger du degré de commencement de preuve par écrit, pour, sur ce degré, permettre la preuve testimoniale. »

Art. 1348.

1610. — 2° *Lorsque le demandeur a été dans l'impuissance physique ou morale de se procurer une preuve écrite.* — La loi, en effet, n'exige point l'impossible ; elle n'interdit la preuve testimoniale qu'à ceux *qui ont pu* se procurer une preuve écrite. Toutes les fois donc qu'il n'a pas été possible au demandeur de faire constater par écrit le fait qu'il invoque, il doit être admis à le prouver par témoins.

Les règles prohibitives de notre art. 1341 s'appliquent-elles lorsque le créancier a été dans l'impuissance de se procurer une preuve écrite?

Quels sont les cas auxquels la loi fait l'application de cette seconde exception?

S'applique-t-elle toujours en matière de quasi-contrats?

Cette seconde exception s'applique :

« Aux obligations qui sont nées d'un délit ou d'un quasi-délit...; »

« A celles qui sont nées d'un *quasi-contrat...* » Cela n'est pas toujours vrai. Ainsi, dans l'hypothèse du quasi-contrat connu sous le nom de *gestion d'affaires* (art. 1372), s'il est vrai que le *maître* (on appelle ainsi celui dont l'affaire a été gérée) doit être admis à prouver par témoins l'existence du quasi-contrat, il n'en est pas toujours de même du gérant : car, si le premier a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de la gestion, la même impossibilité peut n'avoir pas existé pour le second. Qu'on suppose, par exemple, que Paul soutienne qu'il a payé mon créancier et me demande de lui rembourser les fonds qu'il prétend avoir employés à ma libération : faudra-t-il l'admettre à faire preuve de ce fait par témoins? Evidemment non : car rien ne lui était plus facile que de le faire constater par écrit. Que n'a-t-il retiré une quittance! — Et, quant au quasi-contrat appelé *paiement de l'indu* (art. 1376), n'est-il pas évident que celui qui répète ce qu'il prétend avoir payé indûment est en faute de n'avoir pas fait con-

stater par une quittance le paiement qu'il prétend avoir fait (1)?

S'applique-t-elle en matière de contrats?

« Au dépôt *nécessaire*... » Les dépôts nécessaires sont ceux qui sont faits sous l'empire de certaines circonstances (incendie, tumulte ou naufrage) qui ne laissent au déposant ni la liberté de ne pas faire le dépôt, ni la faculté de choisir le dépositaire, ni le temps ni le moyen de dresser ou faire dresser une reconnaissance écrite du dépôt.

Il faut assimiler au dépôt nécessaire « le dépôt fait par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie : » car, l'aubergiste n'ayant pas le loisir de donner des reconnaissances écrites des effets que déposent chez lui les voyageurs qui arrivent tous les jours et à chaque instant du jour, les déposants ont été dans l'impuissance de se procurer une preuve écrite des dépôts qu'ils affirment avoir faits.

Dans ce cas, les juges sont-ils obligés d'autoriser le demandeur à faire sa preuve par témoins?

Remarquons toutefois que le tribunal peut ne pas admettre la preuve testimoniale, si le déposant ou le voyageur qui réclame est mal famé dans le pays, tandis que le défendeur jouit de l'estime de ses concitoyens. C'est ce qu'exprime la loi elle-même, lorsque, après avoir parlé des dépôts nécessaires et de ceux qui sont faits par des voyageurs, en logeant dans une hôtellerie, elle ajoute : *le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.*

Notre exception ne s'applique-t-elle qu'au dépôt nécessaire et au dépôt fait par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie?

« *Aux obligations* contractées par suite de tous autres accidents imprévus qui n'ont pas permis aux parties de constater leur convention par écrit. » Ainsi, par exemple, je puis prouver par témoins le prêt de 500 fr. que je prétends vous avoir fait au moment où vous partiez précipitamment afin d'échapper à un danger imminent.

Le créancier qui a perdu l'écrit qui constatait son droit est-il admis au bénéfice de la preuve testimoniale?

1611. — 3° « *Lorsque le créancier a perdu, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, le titre qui lui servait de preuve littérale.* » — La preuve testimoniale n'est pas admissible si le demandeur prétend simplement qu'il a perdu le titre qui constatait le droit qu'il réclame : il s'agit ici, en effet, non pas d'une perte quelconque, mais d'une perte occasionnée par un cas fortuit ou de force majeure. « Autrement, dit Pothier, les précautions de la loi eussent été illusoires : car il n'est pas plus difficile de suborner des témoins qui affirment avoir vu entre les mains du demandeur le titre qui constatait le droit qu'il réclame que d'en suborner qui déclarent qu'ils ont vu compter l'argent. »

A quelles conditions y est-il admis?

Ainsi, le demandeur qui conclut à la preuve testimoniale pour établir l'existence du droit qu'il réclame, par exemple du prêt qu'il prétend avoir fait, doit prouver d'abord qu'il a été victime d'un cas fortuit ou de force majeure, par exemple d'un incendie, d'un pillage; que ses papiers ont péri, en tout ou en partie, par

(1) MM. Dur., t. XIII, n° 358; Bug., *sur Poth.*, t. II, p. 434; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 462; Marc., art 1348.

suite d'un cas fortuit ; après quoi il est admis à faire entendre des témoins qui affirment avoir vu entre ses mains, avant l'incendie ou le pillage de sa maison, le billet qui lui servait de titre et dont ils rapportent la teneur, ou qui affirment, lorsqu'ils ne peuvent point se rappeler la teneur de l'acte, avoir connaissance de la dette.

Les règles prohibitives de l'art. 1341 s'appliquent-elles en matière de commerce?

1612. — 4° « *Lorsque le droit réclamé est né d'une opération commerciale.* » — Ainsi, la preuve testimoniale est, en matière de commerce, *recevable* toutes les fois qu'elle n'est point prohibée par une disposition particulière de la loi (art. 49 et 109, C. comm., et 1341, C. N.). Je dis *recevable*, parce que les juges ont, à cet égard, un pouvoir souverain : ils l'autorisent « lorsqu'ils croient devoir l'admettre » (art. 109, C. comm.).

En résumé, quelles sont les exceptions :
1° Au principe que la preuve testimoniale n'est pas admissible au-dessus de 150 fr. ?
2° Au principe qu'on ne prouve pas par témoins, même au-dessous de 150 fr., *outre* ou *contre* les actes?
3° Au principe que la preuve testimoniale doit être admise jusqu'à 150 fr. ?

1613. — RÉSUMÉ. — PREMIÈRE RÈGLE. La preuve testimoniale n'est pas admise au-dessus de 150 fr.

Exceptions. Elle *doit* être admise, même au-dessus de 150 fr. : 1° lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; — 2° lorsqu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite ; — 3° lorsqu'il a perdu, par suite d'un cas fortuit ou de force majeure, l'écrit qui lui servait de preuve. — Elle *peut* être admise en matière commerciale.

SECONDE RÈGLE. La preuve testimoniale n'est pas admise, même au-dessous de 150 fr., outre ou contre les énonciations d'un écrit.

Exceptions. La seconde règle subit les mêmes exceptions que la première (1) (voy. toutefois l'art. 41, C. comm.).

TROISIÈME RÈGLE. La preuve testimoniale doit être admise jusqu'à 150 fr.

Exceptions. Doivent être faits par écrit, lors même que l'objet de la convention n'excède pas 150 fr. : 1° les conventions qui modifient un contrat dont il existe un titre écrit (art. 1341); — 2° les conventions faites entre un débiteur et son créancier, lorsque le droit qui en résulte, étant additionné avec les autres créances qu'a déjà le créancier contre son débiteur, excède 150 fr. (art. 1345) (2); — 3° le contrat de louage des choses (art. 1715) (3); — 4° la transaction (art. 2044) (4) ; — 5° le contrat d'antichrèse (art. 2085) (5). Dans chacun de ces cas, le créancier qui a pu se

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 446; Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 212 et 213 de la 7e édition; Marc., art. 1348; Demangeat (*Traité de droit commercial*, par MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 462).

(2) Dans ces deux premiers cas, la preuve testimoniale est admise s'il existe un commencement de preuve par écrit.

(3) La preuve testimoniale doit-elle être admise, dans ce cas, s'il existe un commencement de preuve par écrit? La question est controversée (voy. l'explic. de l'art. 1715).

(4) La transaction peut-elle être prouvée par témoins lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit? La négative est généralement admise (voy. l'explic. de l'art. 2044).

(5) On admet généralement que l'antichrèse peut être prouvée par témoins

procurer une preuve écrite, et qui ne l'a pas fait, n'est pas admis à prouver par témoins l'existence du droit qu'il réclame.

37e *Répétition.*

SECTION III. — DES PRÉSOMPTIONS.

Art. 1349.

1614. — *Définition et division des présomptions.* — « La présomption est une conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. »

Qu'est-ce qu'une *présomption?*

Quelle différence y a-t-il entre une présomption et une autre preuve?

Cette définition convient également à toute autre espèce de preuve : car c'est toujours par les conséquences tirées d'un fait connu et non contesté qu'on arrive à la démonstration du fait inconnu. Quelle différence y a-t-il donc entre une présomption proprement dite et toute autre espèce de preuve? Cette différence consiste dans la nature du fait connu duquel on argumente pour arriver à la démonstration du fait inconnu. Si le fait connu est l'*aveu* ou l'*affirmation du fait inconnu*, la conséquence qu'on en tire est une *preuve*. Ainsi, lorsque je prétends que je vous ai prêté 500 fr., et que j'apporte un acte signé de vous *constatant l'existence du prêt*, cet aveu du fait inconnu est le fait connu duquel on tire la conséquence que le fait inconnu, le prêt, existe. Cette conséquence est une *preuve*. — Si j'invoque un acte authentique où se trouve relaté le prêt que je prétends avoir fait, ou si je fais entendre des témoins qui déclarent que je vous ai prêté la somme que je réclame, cette *affirmation* du fait inconnu par l'officier public ou par les témoins est le fait connu duquel on tire la conséquence que le fait inconnu existe. Cette conséquence est encore une *preuve*.

Si, au contraire, le fait connu duquel on argumente pour arriver à la démonstration du fait contesté ne consiste point dans l'*aveu* ou dans l'*affirmation* du fait inconnu, la conséquence qu'on en tire est une *présomption*.

Primus et *Secundus*, qui sont appelés à se succéder réciproquement, périssent dans un même événement : lequel des deux est décédé le dernier? C'est le fait inconnu. Ils ont l'un et l'autre plus de quinze et moins de soixante ans; *Primus* est le plus jeune : c'est le fait connu, duquel la loi tire la conséquence que *Primus* a survécu à *Secundus* (voy. le n° 22). Cette conséquence est une *présomption*.

L'aveu et le serment sont-ils des présomptions?

1615. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que c'est avec raison que la loi a, dans l'art. 1316, distingué l'*aveu* de la *présomption*, et que, par conséquent, elle a commis une faute lorsqu'elle l'a, dans l'art. 1350, rangé parmi les *présomptions*. — Quant au *serment*, c'est plutôt une transaction qu'une preuve.

Combien y a-t-il d'espèces de présomptions?

Quel est le fonde-

1616. — Les présomptions sont *légales* ou *abandonnées à l'appréciation des magistrats*. Les unes et les autres sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement : *præsumptio ex eo*

quand il existe un commencement de preuve par écrit (voy. l'explic. de l'art. 2085).

ment des présomptions?

quod plerumque fit. Ainsi, par exemple, la loi présume que la dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur le titre qui constatait sa créance (voy. les nos 1424 et s.), parce que d'ordinaire un créancier ne remet à son débiteur son billet qu'après le paiement de la dette.

§ I. — *Des présomptions légales.*

Art. 1350.

Qu'est-ce qu'une présomption *légale*?

Les présomptions légales sont-elles obligatoires pour le juge?

1617. — « Les présomptions légales sont celles qui sont attachées, par une *loi spéciale*, à *certains actes* ou à *certains faits*. »

« Par *une loi*... » Elles sont donc *obligatoires pour le juge*, qui doit les admettre et les tenir pour vraies, lors même que, par d'autres voies, il est personnellement convaincu qu'elles sont contraires à la vérité.

Peuvent-elles être étendues, par analogie, aux cas que la loi ne prévoit pas spécialement?

« Par une loi *spéciale*... » Les présomptions sont donc de droit étroit. Elles ne s'appliquent qu'aux cas *spécialement* prévus par la loi. Ainsi, on ne peut pas les étendre, par analogie, des cas prévus à d'autres cas semblables (voy., sous les nos 27 et suiv., plusieurs applications de ce principe).

« A certains *actes* ou à certains *faits*... » Ces actes ou ces faits sont fort nombreux dans le Code, ainsi qu'on peut le voir en étudiant notamment les art. 1, 197, 312, 314, 315, 720 à 722, 2230, 2231, 2234 et 2268. Notre article cite, à titre d'exemples :

Dans quels cas la loi présume-t-elle qu'un acte est *nul*?

1° « Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. » Telles sont, par exemple, les donations, qui, lorsqu'elles sont faites au conjoint, au père, à la mère ou à l'enfant d'une personne à laquelle le donateur ne peut pas donner directement, sont présumées faites à l'incapable lui-même.

Ainsi, mon père a, pendant la maladie dont il est mort, fait une donation au fils de son médecin. Peut-être cette donation est-elle réellement faite au donataire apparent; peut-être celui-ci n'est-il qu'une personne interposée : c'est le fait inconnu. Du fait connu, la qualité du donataire apparent, la loi conclut que la donation s'adresse réellement au médecin, et, en conséquence, elle l'annule comme étant faite en fraude de sa prohibition (art. 909, 918 et 1100; voy. les nos 572-2°, 616 et 1023).

Dans quels cas la loi présume-t-elle la *propriété* ou la *libération d'une dette*?

2° « Les cas dans lesquels la loi déclare *la propriété* ou *la libération* résulter de certaines circonstances déterminées. »

La propriété... Un fossé sépare nos deux champs : est-il mitoyen, ou bien appartient-il exclusivement à l'un de nous? C'est le fait inconnu. Les terres qui ont été retirées du fossé, soit en le creusant, soit en le curant, sont toutes jetées de mon côté : c'est le fait connu, duquel la loi tire la conséquence que le fossé m'appartient exclusivement (art. 667 et 668; voy. aussi les art. 654 et 670).

Vous revendiquez contre moi un immeuble que je possède depuis trente ans, paisiblement, publiquement, et à titre de pro-

priétaire : lequel de nous deux est propriétaire? C'est le fait inconnu. Du fait connu, ma possession continuée pendant trente ans, la loi tire la conséquence que l'immeuble m'appartient. — C'est l'hypothèse de la prescription acquisitive (art. 2219).

La libération... Trente ans se sont passés depuis l'échéance d'une dette dont j'étais tenu : suis-je libéré? la dette existe-t-elle encore? C'est le fait inconnu. Du fait connu, l'inaction du créancier pendant trente ans, la loi conclut que ma dette est éteinte. — C'est l'hypothèse de la prescription libératoire (art. 2219). Voy. un autre exemple de libération dans l'art. 1282 (n° 1425).

3° « L'autorité que la loi attache à la chose jugée. »

4° « La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. »

Art. 1351.

1618. — *Autorité de la chose jugée.* — C'est la plus importante de toutes les présomptions; elle mérite une attention toute spéciale.

La décision des juges n'est-elle pas présumée conforme à la justice et à la vérité?

Quel est le fondement de cette présomption?

Les juges ne sont point exempts de l'erreur et des passions qui agitent le cœur de l'homme : leurs décisions ne sont donc pas toujours irréprochables. Mais on comprend que l'ordre politique et social serait bien peu stable s'il était permis de retarder indéfiniment l'exécution des arrêts de la justice en portant de nouveau devant elle les différends qu'elle a déjà jugés. La loi a dû, dans un intérêt d'ordre public bien entendu, et afin de mettre un terme aux procès, tenir pour vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le dispositif d'un jugement. De là la règle : *res judicata pro veritate habetur.*

Quel tempérament reçoit-elle?

Mais cette règle porterait elle-même une grave atteinte à l'ordre public si elle n'était renfermée dans de justes limites. On conçoit, en effet, qu'aucun droit ne serait stable et à l'abri des attaques des spéculateurs effrontés si ce qui est jugé contre Paul l'était nécessairement contre moi. La loi a dû, par conséquent, placer, à côté de la règle : *res judicata pro veritate habetur*, cet autre principe, qui lui sert de correctif : les jugements ne nuisent ni ne profitent aux tiers, *res inter alios judicata alteri neque nocere neque prodesse potest.*

La présomption de vérité que la loi attache aux jugements n'est donc pas *absolue?*

Ainsi, la présomption de vérité que la loi attache aux jugements est, non pas *absolue*, mais simplement *relative* : elle peut être invoquée *par* ou *contre* ceux qui ont été parties au procès; elle ne peut l'être ni par ni contre ceux qui y sont restés étrangers. Il en résulte que tel fait, qui est tenu pour vrai à l'égard de *Pierre*, peut être tenu pour faux à l'égard de *Paul.*

Ce qui est réputé vrai à l'égard de Paul peut donc être réputé faux à l'égard de Pierre?

Jacques revendique un immeuble contre Pierre et triomphe; Pierre revendique le même immeuble contre Jacques : lequel de Jacques ou de Pierre est propriétaire? C'est le fait inconnu. Du fait connu, le jugement rendu au profit de Jacques, la loi conclut que c'est lui qui est propriétaire, et de cette présomption naît une exception, appelée *rei judicatæ*, au moyen de laquelle il peut faire rejeter, sans aucun examen, la revendication que Pierre a

dirigée contre lui. « La preuve, dira-t-il, que je suis propriétaire et que vous ne l'êtes pas, c'est qu'il a été jugé que l'immeuble que vous réclamez m'appartient. Les juges n'ont pas à examiner votre demande, elle a été jugée mal fondée. » Ainsi, dans ses rapports avec Pierre, Jacques est réputé propriétaire. — Paul revendique contre Jacques le même immeuble : si Jacques lui oppose l'exception *rei judicatæ*, Paul lui répliquera par le principe *res inter alios judicata alteri nocere non potest*. « Oui, lui dira-t-il, il a été jugé contre *Pierre* que vous étiez propriétaire; mais le jugement que vous avez obtenu n'a contre moi, qui n'ai pas été partie au procès, aucune force probante : vous ne pouvez pas me l'opposer. » On plaide, et Paul triomphe. Qu'en résulte-t-il? que Jacques, qui, dans ses rapports avec *Pierre*, est réputé propriétaire, est réputé ne l'être pas, dans ses rapports avec *Paul*.

A quelle autre théorie peut-on comparer la théorie de l'autorité de la chose jugée?

1619. — Cette théorie n'est, au reste, que l'application des principes qui régissent les contrats. Un jugement peut, en effet, être assimilé à une convention : car il renferme implicitement une transaction par laquelle les parties plaidantes conviennent tacitement de s'en remettre à la décision des juges, et de tenir pour vrai et équitable tout ce qu'ils décideront. Donc, de même que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayant-cause, de même les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties plaidantes, leurs héritiers et ayant-cause. — Ainsi, la règle que consacre l'art. 1165, *res inter alios* ACTA *alteri nec nocere nec prodesse potest*, s'adapte parfaitement aux jugements; il suffit de remplacer le mot *acta* par le mot *judicata*.

Dans quel cas peut être invoquée l'autorité de la chose jugée?

Remarquons toutefois que, même entre les parties plaidantes, l'autorité de la chose jugée ne peut servir d'exception contre la seconde demande qu'autant qu'elle est la même que celle qui a déjà été jugée. *Elle est la même*, toutes les fois qu'elle est de telle nature qu'elle place les juges qui en sont saisis dans l'alternative de confirmer le premier jugement, ou de rendre une décision contradictoire, qui détruirait ou modifierait la première.

1620. — Telle est la théorie générale de l'autorité de la chose jugée; nous n'avons plus qu'à en étudier les détails. Ces détails se rapportent à cette question : Quand peut-on dire que la demande dont les juges sont saisis est la même que celle sur laquelle il a déjà été statué? A quels signes reconnaît-on cette *identité des deux demandes?* L'art. 1351 nous répond que les deux demandes sont les mêmes lorsqu'on y rencontre : 1° identité d'objet, 2° identité de cause, 3° identité de personnes; *eadem res*, *eadem causa petendi*, *eadem conditio personarum*.

A quels signes reconnaîtra-t-on si les deux demandes sont identiques?

Qu'est-ce que l'*objet* de la demande?

1621. — I. *Identité d'objet.* — L'objet de la demande est le but immédiat qu'on se propose d'atteindre en plaidant, le bénéfice qu'on réclame, auquel on prétend avoir droit. Si les deux demandes ont pour objet le même bénéfice, si elles tendent au même but, la seconde doit être rejetée. Dans le cas contraire, la question n'étant plus la même, le jugement intervenu sur la pre-

mière demande n'a et ne peut avoir aucune influence sur la seconde. Ainsi, quand il a été jugé que vous ne m'avez point vendu votre maison A, je puis très-bien faire juger que vous m'avez vendu votre maison B. De même, s'il a été jugé que je ne suis point *possesseur* de tel immeuble, rien ne m'empêche de soutenir que j'en suis *propriétaire*...

Quand peut-on dire que l'objet des deux demandes est *le même* ?

La question de savoir si l'objet des deux demandes est le même est quelquefois fort délicate. Les auteurs ont essayé de tracer, sur ce point, des règles générales. Je crois, quant à moi, qu'il n'y en a qu'une à suivre, et je l'ai indiquée : l'objet des deux demandes est le même lorsque la solution à intervenir sur la seconde ne peut que confirmer ou contredire celle qui a été rendue sur la première.

Lorsque les deux demandes sont identiques quant à leur *objet*, l'autorité de la chose jugée peut-elle toujours être invoquée ?

1622. — II. *Identité de cause.* — Quoique les deux demandes aient le même *objet*, l'exception *rei judicatæ* n'a pas lieu si la *cause* de la seconde n'est pas la même que celle sur laquelle était fondée la première. S'il a été, par exemple, jugé que vous ne m'avez point *donné* votre maison, je puis faire juger que vous me l'avez *vendue*.

Qu'est-ce que la *cause* de la demande ?

La cause de la demande est le principe générateur du droit ou du bénéfice qui a fait l'objet de la demande, en d'autres termes, le fait juridique qui a donné naissance au droit réclamé, ce qui doit être prouvé pour obtenir gain de cause. Ainsi, lorsque je prétends que vous m'avez vendu votre maison, la maison (c'est-à-dire le droit de propriété que je prétends avoir sur elle) est l'*objet* de ma demande ; la vente en est la *cause*.

Lorsque les deux demandes sont identiques quant à leur *objet* et quant à leur *cause*, l'autorité de la chose jugée peut-elle être invoquée si elles sont fondées sur des *moyens* différents ?

1623.—La *cause* de la demande ne doit pas être confondue avec les *moyens* qui concourent à la constituer, ou qui servent à en justifier l'existence. Lorsque les deux demandes ont même *objet* et même *cause*, la seconde doit être rejetée, lors même que le *moyen* sur lequel elle est fondée n'est pas le même que celui qui a été présenté à l'appui de la première. Cette décision peut paraître injuste, mais l'intérêt social la rend légitime : les procès eussent été éternels s'il eût été permis de former deux, trois et quatre fois la même demande, sous prétexte que les *moyens* sur lesquels ces demandes sont fondées sont différents.

Qu'est-ce que le *moyen* de la demande ?

1624.—Ainsi, *objet*, *cause* et *moyens* de la demande, sont trois choses qu'il faut soigneusement distinguer. L'*objet*, c'est le droit réclamé. La *cause*, c'est le fait générateur de ce droit. Les *moyens* sont les *causes de la cause*, les faits qui lui servent de fondement.

J'intente contre vous une action en rescision de contrat *pour vice de consentement*, et j'invoque à l'appui de ma prétention l'existence d'un *dol* : le but *immédiat* que je me propose d'atteindre en plaidant, le droit réclamé, l'*objet* de ma demande, c'est la rescision du contrat; le fait générateur direct et immédiat du droit réclamé, la *cause* de ma demande, c'est le *vice de consentement* ; la cause de la cause, le *moyen* de ma demande, c'est le dol que je prétends avoir subi. —Je succombe, et le lendemain je forme une nouvelle

action en rescision du même contrat, fondée encore sur un vice de consentement, que j'attribue, cette fois, à la *violence* dont je prétends que j'ai été victime. Je serai repoussé par l'exception *rei judicatæ :* car cette demande, comme la première, a pour objet la même *chose*, la rescision du contrat, et la même *cause*, le vice de mon consentement ; la différence ne porte que sur le *moyen* (1). — J'intente une troisième action en rescision du même contrat, fondée cette fois sur mon *incapacité*. L'exception *rei judicatæ* ne me sera point opposable : car, si les deux demandes ont pour objet la même *chose*, elles n'ont pas la même *cause*. La première était fondée sur *un vice du consentement*, la seconde est fondée sur mon *incapacité ;* or, *le vice du consentement* et *l'incapacité* sont des causes que la loi elle-même prend soin de distinguer (art. 1109 et 1124).

Lorsque les deux demandes sont identiques quant à leur *objet* et quant à leur *cause*, l'autorité de la chose jugée peut-elle toujours être invoquée?

1625. — III. *Identité des personnes.* — Les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties plaidantes ; ils ne profitent ni ne nuisent aux tiers. Rien, assurément, n'est plus raisonnable que ce principe ; mais l'application en est quelquefois fort difficile : car la question de savoir si telle personne a été partie au procès, ou si elle y est restée étrangère, donne lieu à des appréciations très-délicates. Posons donc quelques règles.

Ne se peut-il pas que deux demandes soient réputées formées entre deux personnes différentes, bien que ces mêmes personnes aient l'une et l'autre figuré physiquement au premier procès?

Et, d'abord, faisons remarquer qu'il s'agit ici, non pas des personnes *physiques*, mais des personnes *juridiques ;* c'est ce qu'exprime la loi lorsqu'elle dit que le jugement n'a d'effet qu'entre les mêmes parties agissant en la *même qualité*. Deux demandes peuvent donc être réputées formées entre personnes *différentes*, bien que les personnes qui figurent au second procès aient l'une et l'autre *physiquement* figuré au premier. J'intente contre vous une action en revendication, au nom et pour le compte d'un mineur dont je suis le tuteur, et je succombe ; le lendemain, j'intente contre vous, mais en mon nom et pour mon compte, la même demande : vous ne pouvez point m'opposer l'exception de la chose jugée. Ce n'est pas moi, en effet, qui étais partie au premier procès ; le véritable demandeur était le mineur que je représentais. Il a été jugé que la chose qui a fait l'objet du premier procès n'était point celle de mon mineur ; mais le jugement rendu contre lui ne prouve pas qu'elle n'est pas à moi.

Réciproquement, ne se peut-il pas que la seconde demande soit réputée formée entre les *mêmes parties*, bien qu'elle soit engagée entre deux personnes qui, physiquement, ne sont point *les mêmes* que celles qui ont figuré au premier procès?

Réciproquement, la seconde demande peut être réputée formée entre les *mêmes parties*, bien qu'elle soit engagée entre deux personnes qui, *physiquement*, ne sont point les mêmes que celles qui ont figuré au premier procès. Un *tuteur* intente contre moi une action en revendication et succombe ; le mineur, devenu majeur, forme la même demande : je puis lui opposer l'exception de la chose jugée. *Juridiquement parlant*, c'est lui qui, par le ministère de son tuteur, a formé contre moi la demande dont j'ai triomphé : la question qu'il soulève est la même que celle qui déjà a été jugée.

(1) Cette doctrine est très-contestable.

Ainsi, *le jugement rendu pour ou contre une personne qui plaide, non pas en son nom et pour son compte, mais au nom et pour le compte d'une personne dont elle est le mandataire légal, judiciaire ou conventionnel, produit son effet pour ou contre la personne qu'elle représente.*

Les parties plaidantes représentent-elles ceux qui, postérieurement au jugement, deviendront leurs successeurs?

1626. — De même que nous sommes censés, quand nous contractons en notre nom, stipuler et promettre pour nous-mêmes, et pour tous ceux qui nous succéderont quant à la chose qui fait l'objet du contrat (art. 1122), de même, lorsque nous plaidons, nous sommes censés plaider, non-seulement pour nous-mêmes, mais encore pour tous ceux qui nous succéderont quant à la chose en litige. Tout ce qui est vrai des contrats l'est également des jugements : car, ainsi que je l'ai dit sous le nº 1619, les parties plaidantes sont réputées convenir entre elles qu'elles tiendront pour vrai et juste tout ce que décidera la justice.

Ainsi, quelles sont les personnes qui peuvent invoquer ou auxquelles on peut opposer le jugement rendu pour ou contre vous?

Ainsi, *de même que les parties contractantes représentent ceux qui, postérieurement au contrat, deviendront leurs ayant-cause, de même les parties plaidantes représentent tous ceux qui, postérieurement au jugement, deviendront leurs successeurs.*

De là il suit, d'une part, que le jugement rendu pour ou contre moi produit son effet :

1º Pour ou contre mes héritiers ou successeurs universels;

2º Pour ou contre mes successeurs ou ayant-cause particuliers, lorsqu'ils m'ont succédé *postérieurement* au jugement;

D'autre part, que le jugement rendu contre moi ne produit point ses effets contre mes ayant-cause particuliers lorsqu'ils m'ont succédé *antérieurement* au jugement.

Vous avez revendiqué la maison A, et vous avez succombé : ce jugement est-il opposable à ceux qui ont acquis ou qui prétendent avoir acquis de votre chef un droit d'usufruit ou d'hypothèque sur cette maison?

J'ai revendiqué la maison A et j'ai succombé; *postérieurement* au jugement, j'établis sur cette maison un droit d'usufruit ou d'hypothèque : le jugement obtenu contre moi sera opposable à l'usufruitier et au créancier hypothécaire : car je n'ai pas pu leur transmettre plus de droits que je n'en avais moi-même, et anéantir par des faits qui me sont personnels les effets du jugement rendu contre moi.

Changeons l'espèce. *Pierre* vous a concédé sur la maison A un droit d'usufruit ou d'hypothèque; plus tard, *Paul* la revendique contre *Pierre;* un jugement intervient qui déclare qu'elle est à *Paul*, que *Pierre* n'en a jamais été propriétaire : ce jugement ne vous est pas plus opposable que ne le serait une convention par laquelle *Pierre* aurait, *postérieurement* à la constitution de l'usufruit ou de l'hypothèque, reconnu que *Paul* était propriétaire de la maison. Supposons donc que *Paul*, plaidant contre vous, raisonne ainsi : « Votre droit d'hypothèque ou d'usufruit est nul, car *Pierre*, qui vous l'a concédé, n'était point propriétaire. Voici, en effet, le jugement qui établit que la maison sur laquelle il l'a constitué est la mienne et non la sienne; or, ce qui a été jugé contre lui est également jugé contre vous, son ayant-cause : *il vous a représenté au procès.* » Vous répondrez : « Vous décidez la question

par la question : car je soutiens précisément que *Pierre* ne m'a pas représenté au procès, et qu'ainsi ce qui a été jugé contre lui ne l'est pas contre moi. Et ce qui prouve qu'il ne pouvait pas m'y représenter, c'est que les contrats qu'il aurait pu faire, *postérieurement* à la concession de l'usufruit ou de l'hypothèque, auraient été sans effet à mon égard... Cessez donc de m'opposer un jugement auquel je suis resté étranger ; invoquez d'autres preuves, je les discuterai. »

Tout ce système se réduit à cette idée bien simple : celui qui a consenti des droits réels sur un immeuble ne peut pas plus les compromettre en plaidant qu'il ne le pourrait faire en contractant (1).

1627. — Ce principe, qu'un jugement ne peut avoir ni plus ni moins d'effet que n'en aurait une convention, va nous servir à résoudre plusieurs questions qui sont controversées.

Le jugement obtenu contre un *débiteur* est-il opposable à ses créanciers chirographaires ?

1° Le jugement obtenu contre un débiteur est-il opposable à ses créanciers chirographaires? Oui, sans aucun doute : car les créanciers qui n'ont pas le soin de se faire donner des sûretés spéciales, telles qu'un gage ou une hypothèque, qui acceptent pour garantie le gage général que la loi accorde à tout créancier sur les biens de son débiteur (art. 2092 et 2093), consentent par là même à subir tous les actes par lesquels il pourra diminuer son patrimoine : ils lui laissent le pouvoir de contracter, d'aliéner, de s'obliger, transiger ou plaider, de faire, en un mot, les ratifiant d'avance, tous les actes qu'il jugera convenables, sous la seule condition d'agir de bonne foi (art. 1167).

Le jugement rendu *contre un débiteur principal* peut-il être opposé à ses cautions?

1628. — 2° Un créancier poursuit son débiteur ; celui-ci soutient que l'obligation dont on demande l'exécution est nulle ou qu'elle a cessé d'exister, il succombe : le jugement obtenu contre lui est-il opposable à la caution? Il ne l'est pas. En effet, lorsque le débiteur, transigeant avec son créancier, reconnaît l'existence ou la validité de la dette, cette transaction n'est pas opposable à la caution ; or, s'il en est ainsi, n'est-ce point parce que le débiteur ne représente pas la caution? et, s'il ne la représente point quand il contracte, quand il transige avec le créancier, comment la pourrait-il représenter en plaidant? Est-ce que tout jugement ne contient pas une transaction tacite (voy. le n° 1619)?

Au reste, fût-il admis que le débiteur représente la caution, il serait encore vrai que le jugement obtenu contre lui est sans effet contre elle. « Oui, dirait-elle, un débiteur représente ses cautions ; mais dans l'espèce la question est précisément celle de savoir si j'étais la caution du débiteur condamné. Quelle est, en effet, ma prétention ? Que, la dette pour laquelle il a été poursuivi étant nulle ou éteinte, mon cautionnement était lui-même frappé de nullité ou éteint. C'est donc faire un cercle vicieux et

(1) MM. Dur., t. XIII, n° 507 ; Val., *Revue de droit français et étranger*, 1844, p. 27 ; Bonn. ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 484 ; Marc., art. 1351.

résoudre la question par la question que d'affirmer que j'ai été représenté comme caution lorsque je prétends que je ne suis point caution (1).

Le jugement rendu *au profit* du débiteur principal profite-t-il à ses cautions?

1629. — Ainsi, les jugements rendus *contre* le débiteur ne sont pas opposables à ses cautions. Mais la réciproque n'est pas vraie : les cautions peuvent invoquer les jugements rendus au profit du débiteur. S'il en était autrement, si la caution de celui qui a établi en justice l'inexistence ou l'extinction de la dette pour laquelle il a été actionné pouvait être poursuivie à son tour, le jugement qu'il a obtenu ne lui profiterait point : car sa caution aurait le droit de l'appeler en cause pour qu'il vienne la défendre contre la prétention du demandeur.

Le jugement rendu *contre* un débiteur solidaire est-il opposable à ses codébiteurs?

Le jugement rendu à son profit peut-il être invoqué par ses codébiteurs?

1630. — 3° Un créancier poursuit l'un des débiteurs solidaires ; celui-ci répond que la dette pour laquelle il est poursuivi est nulle ou éteinte ; il succombe : le jugement obtenu contre lui est-il opposable à ses codébiteurs? L'espèce est la même que la précédente : car, quoique les codébiteurs solidaires soient tenus plus rigoureusement que les cautions ordinaires, cette différence dans le lien de l'obligation n'empêche point qu'ils ne soient réellement cautions les uns des autres. Nous disons donc : Le jugement obtenu *contre* l'un des débiteurs solidaires est sans effet contre les autres. — Mais, à l'inverse, le jugement rendu au profit de l'un d'eux profite à tous. S'il en était autrement, c'est-à-dire si les codébiteurs de celui au profit duquel le jugement a été rendu pouvaient être actionnés pour le tout et condamnés à payer toute la dette, le recours qu'ils exerceraient contre leur codébiteur lui enlèverait le bénéfice du jugement.

Dans quelle limite leur profite-t-il?

Remarquez toutefois que ce jugement ne leur profite que dans la limite de *la part* de leur codébiteur. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1285 la remise de la dette faite par le créancier à l'un des débiteurs solidaires profite aux autres *pour le tout ;* mais cette disposition, fort peu raisonnable d'ailleurs (voy. le n° 1433), est fondée sur une présomption de libéralité qui est inadmissible de la part du créancier qui exerce des poursuites judiciaires. Il est vrai encore qu'aux termes de l'art. 1365, le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires profite aux autres et *pour le tout ;* mais ce résultat est spécial à la matière du serment. En veut-on la preuve? La caution ne représente point le débiteur ; le jugement rendu contre elle est donc sans effet contre lui. C'est un point que personne ne conteste; et cependant le serment prêté par la caution profite au débiteur (2).

Art. 1352.

Que doit prouver celui qui invoque une présomption légale?

1631. — *De la force probante des présomptions légales.* — « Les présomptions dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent. » Ainsi, c'est à celui qui invoque une présomption

(1) MM. Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 487 et 488 ; Marc., art. 1351. — *Contrà,* M. Bonn., t. II, n° 886.

(2) MM. Dur., t. XIII, n° 520; Val.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 488 ; Marc., art. 1351.

légale à prouver l'*existence* du fait connu duquel la loi tire la conséquence que le fait inconnu et contesté existe; mais là s'arrête son obligation : il n'est pas tenu de prouver l'*exactitude* de la conséquence que la loi en tire, d'établir, en la corroborant par d'autres faits, qu'elle n'est point, dans l'espèce qui fait l'objet du procès, contraire à la vérité.

La partie à laquelle elle est opposée peut-elle la combattre et la faire tomber par des preuves contraires? en d'autres termes, les présomptions légales admettent-elles la preuve contraire?

Quelles sont celles contre lesquelles la preuve contraire est admise?

Celles contre lesquelles elle ne l'est pas?

Mais la partie contre laquelle on invoque la présomption légale peut-elle être admise à la combattre, à en prouver l'*inexactitude*, c'est-à-dire à démontrer, par d'autres faits, que la conséquence que la loi tire du fait connu dont l'existence a été établie n'est pas, dans l'espèce, conforme à la vérité? On ne peut répondre à cette question qu'en usant de distinctions. Certaines présomptions sont *absolues :* nulle preuve n'est admise contre elles lorsque la loi n'a pas, par un texte positif, réservé pour le défendeur le droit de les combattre. D'autres sont dites présomptions *simples :* elles peuvent toujours être combattues et détruites par la preuve contraire.

1632. — I. *Présomptions simples.* — Elles forment le droit commun. Nous n'avons donc point à rechercher quelles présomptions légales peuvent être combattues par la preuve contraire, mais bien quelles présomptions légales ne peuvent pas l'être. Ainsi, règle générale, la preuve contraire est admise contre les présomptions de la loi.

Quelles sont celles sur le fondement desquelles la loi « annule certains actes? »

1633. — II. *Présomptions absolues.* — Sont absolues : 1° les présomptions « *sur le fondement desquelles la loi annule certains actes.* » — Les actes dont il est ici question sont ceux que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité (art. 1350, 1°). Par exemple, lorsqu'une donation ou un legs est fait soit au père ou à la mère, soit à un ascendant, soit au conjoint d'une personne qui ne peut pas directement recevoir du disposant, la loi présume que le donataire apparent n'est pas sérieux, qu'il n'a été choisi qu'à la charge secrète de restituer les biens à l'incapable qui n'a pas pu les recevoir directement; et, sur le fondement de cette présomption, elle annule la donation ou le legs (art. 911, 1099, 1100). Le donataire désigné dans l'acte de donation n'est pas admis à prouver que, dans le cas particulier dont il s'agit, la présomption de la loi n'est pas conforme à la vérité; que c'est bien lui, et lui seul, que le donateur a voulu gratifier; qu'il n'a pas eu en vue celui auquel la loi lui défendait de donner.

Celles sur le fondement desquelles la loi « refuse l'action en justice » ?

2° Les présomptions « sur le fondement desquelles la loi *refuse l'action en justice.* » — Refuser à quelqu'un le droit de former une action en justice, c'est accorder à celui contre lequel elle sera dirigée le droit de la repousser au moyen d'une simple fin de non-recevoir. Les présomptions sur le fondement desquelles « la loi refuse l'action en justice » sont, par conséquent, celles qui fournissent au défendeur une exception péremptoire au moyen de laquelle il repousse l'action dirigée contre lui. On peut citer, à

titre d'exemples, l'autorité de la chose jugée, la prescription... Ainsi, lorsque j'ai succombé dans le procès que j'ai intenté contre vous, je ne puis pas être admis à prouver que la présomption que la loi attache aux jugements, quoique vraie en général, se trouve fausse dans le cas particulier qui m'intéresse. De même, si, dans un procès en revendication, vous m'opposez une prescription, il ne m'est point permis de prouver que, bien que vous possédiez, depuis plus de trente ans, l'immeuble que je revendique, il n'est cependant pas à vous.

Les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes, ou dénie l'action en justice, excluent-elles, dans tous les cas, l'admission de la preuve contraire?

1634. — Après avoir dit que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule un acte ou dénie l'action en justice*, l'art. 1352 ajoute : « à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. »

La loi n'a fait aucune réserve en ce qui touche les présomptions sur le fondement desquelles *elle annule certains actes :* ainsi, la preuve contraire n'est jamais admise contre ces présomptions.

Il n'en est pas de même des présomptions sur le fondement desquelles elle dénie l'action en justice : elle a, en effet, dans certains cas, réservé, pour la partie à laquelle on les oppose, le droit de les combattre par des preuves contraires. C'est ainsi, par exemple, qu'après avoir dit, dans l'art. 1283, que la remise de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette, elle autorise expressément le créancier à combattre cette présomption, en montrant que, bien qu'il ait abandonné la grosse de son titre, il n'a pas cependant entendu renoncer à sa créance (voy. le n° 1430). C'est ainsi encore que le mari, qui est présumé être le père de l'enfant de sa femme, est admis à combattre cette présomption, et à la faire tomber en administrant la preuve des faits prévus par les art. 312 et 313.

Quel est le sens de ces derniers mots de notre texte : « *sauf ce qui sera dit sur l'aveu et le serment* » ?

1635. — « *Nulle* preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, *sauf ce qui sera dit sur l'aveu et le serment judiciaire.* » Quel est le sens de ces dernières expressions, *sauf ce qui sera dit sur l'aveu et le serment ?* Elles ont été interprétées de différentes manières. Voici l'explication qui paraît être aujourd'hui définitivement acceptée :

La preuve contraire, à moins d'une réserve formelle de la loi, n'est pas admise contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. Toutefois cela n'est vrai qu'en ce sens qu'on ne peut point les combattre par de simples témoignages ou de simples présomptions de fait; mais l'*aveu* et le *serment* constituent un genre exceptionnel de preuves, qui peut être admis lorsque les autres ne sont point recevables. Ces deux modes de preuve n'entraînent aucune procédure compliquée; ils n'offrent, d'ailleurs, aucun danger, puisqu'en définitive, ils laissent la décision de la contestation à la conscience de la partie en faveur de laquelle milite la présomption légale : il n'existait donc aucun motif de les écarter.

L'aveu et le serment peuvent-ils toujours servir à combattre les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice?

Mais, bien entendu, les présomptions dont nous parlons ne peuvent être combattues, par l'aveu ou le serment, qu'autant qu'elles sont exclusivement établies dans l'intérêt de la partie qui les invoque. Quant à celles qui ont été établies dans un intérêt d'ordre public, telles que la présomption *pater is est...*, l'autorité de la chose jugée, elles sont invincibles : on ne peut les combattre ni par l'aveu, ni par le serment, ni par aucune autre preuve (1).

§ II. — *Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.*

Art. 1353.

Comment appelle-t-on les présomptions qui ne sont pas établies par la loi?

Quelles présomptions les juges doivent-ils admettre?

Dans quels cas ce genre de preuve est-il admissible?

1636. — Ces présomptions s'appellent *présomptions de fait* ou *de l'homme*, par opposition aux présomptions *légales*, qui sont appelées *présomptions de droit*.

« Elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats, qui ne doivent admettre que des présomptions *graves*, *précises* et *concordantes*, et *dans le cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale*, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de *fraude* ou de *dol*. »

« ... Graves, précises et concordantes... » Ce n'est là qu'un conseil que la loi donne aux magistrats : car, du moment qu'elle leur abandonne l'appréciation des *caractères*, elle leur laisse par là même le soin de déterminer le *nombre* des faits desquels ils peuvent induire l'existence du droit contesté; n'y en eût-il qu'un, s'il est de nature à porter la conviction dans l'esprit des juges, c'en est assez pour qu'ils prononcent. Tout ce que la loi veut, c'est que les juges soient convaincus, peu importe par quelle voie. Les juges ne relèvent à cet égard que de leur conscience; et, s'ils se trompent, leur erreur ne constitue qu'un mal jugé, susceptible d'être réformé sur appel, mais qui ne donne point ouverture à cassation.

« Et dans le cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale... » La raison en est bien simple. Si la loi exige que les parties dressent un écrit qui serve à constater leur convention, c'est surtout afin d'empêcher la multiplication des procès; or, elle n'atteindrait pas son but si la partie qui n'a pas d'écrit était admise à prouver sa prétention par de simples présomptions.

Ainsi, ne l'oublions point, ces présomptions ne peuvent servir de preuve que dans les cas où il serait permis de faire entendre des témoins.

« ... A moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de *fraude* ou de *dol*. » Ces mots sont inutiles; ils n'ajoutent rien au principe posé, puisque la fraude et le dol rentrent dans la classe des faits qui peuvent toujours être prouvés par témoins.

38e *Répétition.*

SECTION IV. — DE L'AVEU DE LA PARTIE.

Qu'est-ce que l'aveu?

1637. — I. *Définition.* — L'aveu est la déclaration par laquelle

(1) MM. Dem., *Progr.*, t. II, n° 841; Dur., t. XIII, n°s 414-415; Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 332; Marc., art. 1352.

une personne reconnaît la vérité des faits allégués par son adversaire. — Remarquez qu'il ne s'agit point de l'aveu qui est écrit dans un acte *destiné à le contenir :* cet écrit, qui n'est alors que l'acte sous seing privé dont il a été traité sous les nos 1543 et s., constitue une preuve *littérale*. L'aveu dont il est ici question est, ainsi que le dit Pothier, celui que fait le débiteur soit dans une conversation, soit en présence des juges, ou qui se trouve écrit dans un acte qui n'a pas été dressé exprès, par exemple dans une lettre missive.

De quel aveu est-il ici question ?

La loi distingue deux espèces d'aveux, l'*aveu judiciaire* et l'*aveu extrajudiciaire*.

Art. 1354.

Combien y en a-t-il d'espèces ?

1638. — II. *De l'aveu judiciaire.* — L'aveu judiciaire est celui qui est fait par une partie ou par son mandataire, soit en présence d'un juge, spontanément ou en répondant aux questions que le juge lui adresse, soit par un acte de procédure signifié dans le cours d'une instance.

Qu'est-ce que l'aveu *judiciaire* ?

Art. 1356.

1639. — III. *De la capacité en matière d'aveu judiciaire.* — L'aveu ne fait preuve en justice qu'autant qu'il émane d'une personne capable de disposer de l'objet engagé au procès. Ainsi, l'aveu que fait un mineur ou un interdit ne lui est pas opposable. Il en est de même de celui qui émane d'une femme mariée non autorisée à ester en justice.

Quelle capacité faut-il avoir pour le faire ?

Les mandataires chargés de défendre en justice les parties ne peuvent point faire d'aveu, s'ils n'ont reçu, à cet effet, un mandat spécial. Toutefois les avoués et les huissiers sont présumés avoir reçu ce mandat de leur client. Si donc celui-ci affirme le contraire, c'est à lui à le prouver, et il ne peut faire cette preuve qu'en suivant une procédure particulière, connue sous le nom de *désaveu* (art. 352 à 362, C. pr.).

Les avoués et huissiers ont-ils qualité pour le faire ?

Il n'en est point de même des avocats. Le client qui prétend ne leur avoir point donné mission de faire un aveu n'est pas tenu de le prouver : c'est à son adversaire à prouver l'existence de ce mandat.

Quid, quant aux avocats ?

Toutefois l'avoué qui entend l'avocat faire un aveu, ou le client, s'il assiste à l'audience, doit avoir le soin de protester contre la déclaration qui a été faite : car son silence, s'il se prolongeait trop longtemps, pourrait être considéré comme un acquiescement ; auquel cas l'aveu serait réputé l'œuvre de l'avoué, ou même de la partie si elle était présente.

Quid, si l'avocat fait un aveu en la présence de l'avoué ou de la partie qui l'entend et ne proteste point ?

1640. — IV. *Des cas où l'aveu ne peut pas être admis comme moyen de preuve.* — Quoique l'aveu soit, par sa nature, la première des preuves, celle que les anciens auteurs appelaient *probatio probatissima*, il ne fait cependant point preuve en justice lorsqu'il est de nature à entraîner la perte d'un droit sur lequel il ne serait pas permis de transiger, ou lorsqu'il porte sur un fait dont la loi prohibe la reconnaissance. Ainsi, en matière de séparation de biens, l'aveu du mari n'a aucune force probante (art. 890, C. pr.). Il en est de même de celui qui a pour objet la reconnaissance

L'aveu peut-il toujours être admis comme moyen de preuve ?

d'une maternité ou d'une paternité adultérine ou incestueuse (1).

Quelle est sa force probante?

1641. — V. *De la force probante de l'aveu judiciaire.* — L'aveu judiciaire, lorsqu'il émane d'une personne capable, fait *pleine foi* du fait qui en forme l'objet : il décharge donc l'autre partie de l'obligation d'en faire la preuve. Ainsi, soit qu'un débiteur confesse devoir la chose qui lui est demandée, soit qu'un créancier avoue avoir été payé, la preuve de la dette ou de la libération est complète.

Peut-il être divisé?

1642. — VI. *Indivisibilité de l'aveu judiciaire.* — En principe, celui qui invoque un aveu ne peut s'en servir contre la partie qui l'a fait qu'en le prenant tel qu'il est et en son entier. Ainsi, lorsqu'une personne assignée en paiement d'une somme que le demandeur prétend lui avoir prêtée, déclare qu'en effet cette somme lui a été comptée, mais qu'elle l'a restituée, le demandeur ne peut pas scinder cette déclaration pour y prendre ce qui lui est favorable, la reconnaissance du prêt, et rejeter ce qui lui est contraire, l'affirmation de la restitution de la somme prêtée. Du moment qu'il s'en rapporte à la déclaration de son adversaire, il doit prendre sa déclaration telle qu'elle est; il peut la rejeter s'il le veut, mais il ne lui est pas permis de la dénaturer.

Ne faut-il pas apporter un tempérament au principe de l'indivisibilité de l'aveu?

Il faut, toutefois, apporter un tempérament à cette règle. Oui, l'aveu est indivisible, toutes les fois que la déclaration accessoire qu'il renferme se rattache directement au fait principal qui est l'objet du procès. Mais il en est différemment lorsque le fait compris dans la déclaration accessoire est complétement étranger à celui qui est compris dans l'aveu. Ainsi, lorsqu'une personne, qui reconnaît l'existence de la dette pour laquelle elle est poursuivie, ajoute que sa dette est compensée par une autre dette dont elle prétend que le demandeur est tenu envers elle, les deux déclarations contenues dans cet aveu étant étrangères l'une à l'autre, il est permis de les séparer.

Celui qui a fait un aveu peut-il le retirer, si l'autre partie n'a pas encore déclaré qu'elle entend en profiter?

Quid, s'il est le résultat d'une *erreur*? Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1643. — VII. *De la rétractation de l'aveu.* — Lorsqu'une personne reconnaît librement, et en connaissance de cause, la vérité des faits allégués contre elle, sa déclaration fait *preuve;* et une preuve ne peut plus être détruite par le fait de celui auquel elle est opposable. Le déclarant ne peut donc pas retirer son aveu, sous prétexte que celui qui doit en bénéficier n'a pas encore déclaré qu'il entend en profiter.

Mais, bien entendu, l'aveu peut être révoqué lorsque celui qui l'a fait établit qu'il est le résultat d'une erreur *de fait*. Si donc, étant poursuivi du chef de votre père, dont vous êtes l'héritier, en paiement d'une somme que le demandeur prétend lui avoir prêtée, vous reconnaissez l'existence de la dette, cet aveu tombera et restera sans effet si vous venez à découvrir dans les papiers de votre père une quittance où se trouve relatée la restitution de la somme qu'on vous demande.

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. II, n° 483; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 340.

Si vous n'avez découvert votre erreur qu'après que vous avez été condamné, par un jugement *passé en force de chose jugée*, à payer la somme qu'on vous a demandée, aucune ressource ne vous est offerte; à moins pourtant qu'il ne soit démontré que la quittance qui établit votre libération a été retenue par votre adversaire, auquel cas le jugement serait susceptible d'être rétracté par une voie extraordinaire appelée *requête civile* (art. 480, 10°, C. proc.).

Quelle est la raison de cette distinction ?

L'erreur *de droit* n'est point, comme l'erreur *de fait*, une cause de révocation de l'aveu judiciaire. Cette distinction est fort juste : l'*erreur de fait* détruit l'aveu, car *qui errat non fatetur ;* mais l'erreur *de droit* ne l'altère point, car la circonstance que j'ai ignoré les effets juridiques qu'entraîne contre moi le fait dont j'ai reconnu l'existence ne peut porter aucune atteinte à la force probante de la déclaration que j'ai faite. Ma déclaration est imprudente, mais rien ne prouve qu'elle n'est point conforme à la vérité.

Art. 1355.

Qu'est-ce que l'aveu *extrajudiciaire* ?
Peut-il être prouvé par témoins lorsqu'il est *verbal* ?
Quelle est la force probante de l'aveu extrajudiciaire ?
Est-il indivisible ?
Peut-il être rétracté ?
Révoqué pour cause d'erreur ?

1644. — VIII. *De l'aveu extrajudiciaire.* — L'aveu extrajudiciaire est celui qui est fait hors justice, dans une conversation ou dans un acte quelconque, par exemple dans une lettre missive.

Lorsqu'il est *verbal*, il ne peut être prouvé par témoins que dans les cas seulement où le fait qui en est l'objet pourrait lui-même être établi au moyen de cette espèce de preuve. Autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder les prohibitions de la loi en matière de preuve testimoniale : le prétendu créancier demanderait à prouver, non pas l'existence du fait contesté, mais l'aveu de ce fait par le défendeur.

1645. — La loi ne s'explique point sur la force probante, l'indivisibilité et la révocabilité de l'aveu extrajudiciaire. J'en conclus qu'elle abandonne aux juges l'appréciation de ces différentes questions : leur décision, quelle qu'elle soit, est à l'abri de la censure de la Cour de cassation (1).

SECTION V. — DU SERMENT.

Art. 1357.

Combien y a-t-il d'espèces de serments ?
Qu'est-ce que le serment *décisoire* ?
Le serment *supplétoire* ?

1646. — Le serment peut être déféré : 1° par l'une des parties à l'autre, pour en faire dépendre le jugement de la cause; 2° d'office, par le tribunal, à l'une ou l'autre des parties, pour compléter une preuve qui n'est pas suffisante par elle-même. On le nomme *décisoire* dans le premier cas, parce qu'il suffit à lui seul pour terminer le procès; *supplétoire* dans le second, parce qu'il ne fait qu'apporter un supplément, un complément à des preuves préexistantes qui, à elles seules, ne suffisent point pour faire naître la conviction dans l'esprit du juge (voy. les Form. 510 à 514).

§ I. — *Du serment décisoire.*

Le serment décisoire n'est-il pas tantôt

1647. — I. GÉNÉRALITÉS. *Nature du serment décisoire, ses effets.*

(1) MM. Bonn.; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 345; Marc., art. 1356.

judiciaire, tantôt extrajudiciaire ?

Qu'est-ce que le serment décisoire *judiciaire* ?

L'*extrajudiciaire* ?

— Le serment décisoire est *judiciaire* lorsqu'il est fait en justice, *extrajudiciaire* dans le cas contraire.

Le serment *extrajudiciaire* est une transaction par laquelle deux personnes qui ont ou qui vont avoir un procès conviennent de s'en tenir à ce qui sera affirmé par l'une d'elles, sous la condition qu'elle prendra Dieu à témoin de la sincérité de son affirmation.

Le serment décisoire *judiciaire* contient une transaction semblable.

Le Code parle-t-il du serment *extrajudiciaire* ?

Ne peut-on pas cependant lui appliquer les règles du serment judiciaire ?

1648. — Quoique la loi ne parle point du serment *extrajudiciaire*, il n'est pas douteux cependant que les règles qu'elle établit pour l'un ne soient, en général, applicables à l'autre. Je dis *en général*, parce qu'il existe entre eux une différence essentielle.

Art. 1361.

N'existe-t-il point entre eux une différence importante ?

Dans l'hypothèse du serment *extrajudiciaire*, la transaction est volontaire des deux côtés. Si elle est offerte et acceptée, elle produit tous les effets qu'elle comporte ; mais celui auquel elle est offerte peut ne pas l'accepter, sans qu'on puisse en tirer contre lui aucune induction défavorable.

Dans l'hypothèse du serment *judiciaire*, au contraire, celle des parties à laquelle le serment est déféré ne peut pas, sous peine de perdre son procès, refuser de conclure la transaction qui lui est proposée. J'ai formé contre vous une demande en paiement d'une somme de 1,000 fr., que je prétends vous avoir prêtée ; je n'ai, à l'appui de ma demande, ni titre ni témoins à produire ; je vous ai fait interroger sur faits et articles (art. 324 et s., C. pr.), dans l'espoir d'obtenir un aveu : ce moyen n'a pas réussi. Il me reste une dernière ressource, *ultimum subsidium*, le serment. « Je m'en rapporte à votre foi, vous dis-je ; vous serez votre propre juge : jurez que vous ne me devez point la somme qui fait l'objet du procès, et je tiendrai pour vraie l'inexistence de la dette. » Vous avez deux partis à prendre : vous pouvez prêter le serment que je vous défère, ou, si vous avez quelques doutes, me le référer, c'est-à-dire me proposer de vous en rapporter vous-même à moi si je jure que je suis réellement créancier de la somme que je réclame. Si vous refusez de prendre l'un ou l'autre de ces partis, votre refus est considéré comme un aveu tacite de l'existence de la dette.

En ce qui me touche, si vous me référez le serment que je vous ai déféré, je dois nécessairement le prêter, sous peine de perdre mon procès : il ne m'est point permis de vous le référer. Ainsi, celui qui a déféré un serment, et auquel il a été référé, ne peut pas, à son tour, le référer à son adversaire.

Trois cas sont à considérer :

1° Celui auquel le serment a été déféré refuse de le prêter et ne le réfère point à son adversaire : c'est lui qui perd son procès, car par son refus il reconnaît tacitement que la demande formée contre lui est légitime.

2° Il prête le serment : c'est lui qui triomphe.

3° Il le réfère à son adversaire : ce dernier le prête-t-il, sa de-

mande est jugée légitime; refuse-t-il de le prêter, sa demande est jugée mal fondée.

Art. 1358, 1359 et 1362.

Sur quels faits le serment peut-il être déféré ou référé?

1649. — II. *Sur quels faits et dans quelles causes le serment peut être déféré ou référé.* — Aux termes des art. 1359 et 1362, le serment ne peut être déféré ou référé qu'autant que les faits sur lesquels il intervient sont :

1° *Susceptibles de former l'objet d'une transaction.* C'est une application du principe que le serment tire toute son autorité d'une transaction tacite intervenue entre les parties. Le serment ne peut donc point être déféré sur des faits qui se rattachent à des questions où l'ordre public est intéressé, en même temps qu'ils touchent à l'intérêt privé des parties. Ainsi, par exemple, il ne peut point l'être lorsqu'il s'agit soit d'une demande en séparation de corps ou de biens (art. 1443, C. N.), soit d'une action en réclamation ou en contestation d'état d'enfant légitime.

2° *Personnels à celui auquel il est déféré ou référé.* On comprend le motif de cette règle : lorsqu'on me défère un serment sur un fait qui m'est personnel, dont je suis prétendu être l'auteur, je puis, en parfaite connaissance de cause, en affirmer ou en nier l'existence : je n'ai donc aucun motif légitime de refuser de me prononcer. Il en est autrement lorsque le fait sur lequel on me défère le serment est, non le mien, mais celui d'une personne à laquelle j'ai succédé. Vous me poursuivez en paiement d'une somme que vous prétendez avoir prêtée à mon oncle, dont je suis l'héritier, et vous me déférez le serment : je puis refuser de le prêter, et de vous le référer, sans qu'on puisse tirer de mon refus un aveu tacite de l'existence de la dette. « Je ne puis pas, dirai-je, jurer que la somme que vous me demandez ne vous est point due : c'est peut-être oui, c'est peut-être non; je ne sais rien à cet égard. Quant à vous référer le serment, je n'y puis pas être contraint, car aucune loi n'exige que je vous fasse juge du procès. »

1650. — De même que le serment ne peut pas m'être déféré sur un fait qui ne m'est point personnel, de même je ne puis point le référer sur un fait qui n'est point personnel à celui qui me l'a déféré.

Ainsi, trois cas sont prévus :

1° Le fait sur lequel on plaide est personnel aux deux parties; il s'est passé entre elles. Il s'agit, par exemple, d'un prêt que le demandeur prétend avoir fait au défendeur : — le serment peut être déféré et référé par l'une des parties à l'autre.

2° Le fait est personnel au défendeur sans l'être au demandeur. Il s'agit, par exemple, d'un prêt qui, au dire du demandeur, a été fait par une personne dont il est l'héritier, au défendeur lui-même : — le serment peut être déféré par le demandeur au défendeur; mais il ne peut pas être référé. Dans cette hypothèse, le défendeur succombe nécessairement s'il refuse de le prêter.

3° Le fait n'est personnel ni au demandeur ni au défendeur. Il s'agit, par exemple, d'un prêt qui, au dire du demandeur, a été

fait par une personne dont il est l'héritier, à une autre personne à laquelle le defendeur a succédé : — le serment ne peut être déféré ni par l'une ni par l'autre partie.

Ne peut-on pas, dans tous les cas, déférer ou référer le serment sur la question de savoir si la partie à laquelle il est déféré ou référé a ou non *connaissance* de la dette ?

1651. — Toutefois, s'il est défendu de déférer ou de référer le serment sur un fait qui n'est point personnel à la partie à laquelle on le défère ou à laquelle on le refère, rien ne s'oppose à ce qu'il soit déféré ou référé sur la question de savoir *si elle a ou non* CONNAISSANCE *de la dette:* dans ce cas, en effet, le serment est déféré ou référé sur un fait personnel (art. 2275, C. N.; 189, C. comm.).

La règle que le serment peut être déféré *sur quelque contestation que ce soit* n'est-elle pas trop absolue ? Comment faut-il la modifier ?

— On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que cette règle de l'art. 1358 : « Le serment décisoire peut être déféré *sur quelque contestation que ce soit*, » est trop générale. Il faut la restreindre, en ajoutant : pourvu que les faits contestés soient, 1° susceptibles de faire l'objet d'une transaction, et 2° personnels aux parties. Mais, sauf ces deux restrictions, la règle est vraie : le serment peut être déféré, soit en matière personnelle, soit en matière réelle, et quelle que soit, dans l'un et l'autre cas, l'importance de la demande.

Art. 1360.

A quel moment du procès le serment peut-il être déféré ?

L'art. 1360 ajoute : « Il peut être déféré *en tout état de cause.* » Ainsi, il peut l'être, soit au début du procès, soit après avoir épuisé d'autres moyens de preuve qui n'ont pas réussi, en première instance ou en appel.

Peut-il être déféré lors même que la demande de celui qui le défère semble n'avoir aucun fondement ?

1652. — La partie qui ne présente aucun commencement de preuve à l'appui de sa prétention peut-elle déférer le serment? Cette question a été agitée dans l'ancien droit. Il ne faut pas, disait-on, que le premier venu puisse engager une personne dans un procès et la placer dans l'alternative de subir une demande qui n'a aucun fondement ou de prêter un serment qu'on ne prête toujours qu'avec beaucoup de répugnance. Pothier, qui soutenait l'affirmative, répondait qu'il arrive souvent qu'une demande est légitime, fondée en droit et en équité, bien que le demandeur ne puisse la justifier par aucune preuve ; qu'il serait, par conséquent, injuste de le priver de la ressource du serment; que d'ailleurs le défendeur auquel le serment est déféré n'a pas sujet de se plaindre, puisqu'en définitive on le fait juge du procès. Cet avis a prévalu dans notre Code. De là la règle que « le serment peut être déféré encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. »

Art. 1365.

Entre quelles personnes le serment produit-il son effet ?

1653. — III. *Entre quelles personnes le serment produit son effet.* — Du principe que le serment tire toute son autorité de la convention des parties, il résulte qu'il ne peut ni nuire ni profiter aux tiers. Ainsi, son effet est restreint entre les parties, leurs ayant-cause universels et ceux de leurs ayant-cause particuliers qui leur ont succédé postérieurement à la prestation du serment.

Le serment prêté par un créancier solidaire profite-t-il à ses cocréanciers ? Celui qu'il a déféré leur nuit-il ?

Lorsqu'il existe plusieurs créanciers solidaires, chacun d'eux est censé avoir reçu des autres mandat à l'effet de faire tout ce qui sera utile à la conservation de la créance commune ; il ne les représente point, au contraire, quant aux actes qui pourraient les

compromettre. De là il suit que le serment prêté par un créancier solidaire profite à tous, tandis que celui qu'il a déféré n'est opposable aux autres créanciers que dans la limite de la part qui lui appartenait dans la créance.

Quid, du serment déféré à ou par l'un des débiteurs solidaires ?

Un débiteur solidaire a, de même, mandat à l'effet d'agir dans l'intérêt de ses codébiteurs ; il ne les représente pas quant aux actes compromettants. Le serment qu'il prête profite donc à tous ; celui qu'il défère ne nuit qu'à lui seul.

A ou par un débiteur *principal* ?

A ou par une *caution* ?

C'est par application du même principe que le serment prêté par le débiteur profite à ses cautions, tandis que celui qu'il défère ne leur nuit point ; que le serment prêté par la caution peut être invoqué par le débiteur, tandis qu'on ne peut pas opposer au débiteur celui qu'elle a déféré.

Mais, bien entendu, lorsque je dis que le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires profite à tous, que le serment prêté par une caution est également profitable au débiteur, je suppose que le serment a été, dans l'un et l'autre cas, déféré sur l'existence de la *dette* : car, s'il a été déféré sur l'existence de la *solidarité* ou du *cautionnement*, il est évident qu'il n'est et ne peut être utile qu'au débiteur ou à la caution qui l'a prêté.

Art. 1363 et 1364.

1654. — IV. *De l'irrévocabilité du serment.* — La délation du serment n'est qu'une offre de transaction ; or, une offre, tant qu'elle n'est pas acceptée, n'oblige point. Celui qui l'a faite peut donc la retirer, tant que celui à qui elle a été faite n'a pas déclaré qu'il est prêt à faire le serment. Mais, si cette offre a été acceptée avant qu'elle ait été rétractée, la transaction est alors formée, elle ne peut plus être révoquée que du consentement des deux parties.

La partie qui a déféré ou référé le serment peut-elle se rétracter ?

Peut-elle, quand il a été prêté, en prouver la fausseté ?

La transaction est subordonnée à la condition du serment.

Comprenons bien la nature de cette condition.

Que dit celui qui défère ou réfère le serment ? Dit-il qu'il tiendra sa prétention pour mal fondée *si son adversaire fait un serment conforme à la vérité* ? Non, évidemment : car un serment déféré en ces termes n'aurait rien de décisoire, puisqu'il faudrait plaider de nouveau pour savoir s'il est ou non *conforme à la vérité*. La partie qui défère ou qui réfère le serment déclare qu'elle tiendra sa prétention pour mal fondée si l'autre partie jure que la sienne est légitime. Il n'y a donc point à rechercher si le serment prêté est ou non conforme à la vérité. Dès qu'il a été prêté, la condition à laquelle a été subordonné l'effet de la transaction est accomplie selon l'intention des parties : dès lors le procès est définitivement, irrévocablement jugé ; il n'est plus permis de le faire renaître sous prétexte que le serment n'est point conforme à la vérité. « Lorsque le serment a été prêté, celui qui l'a provoqué n'est point recevable à en prouver la fausseté. »

Quid, quant au ministère public ?

Cette théorie, au reste, est purement *civile* : car la fausseté du serment est un délit criminel, prévu par les lois pénales (art. 361 et suiv., C. p.). Le ministère public a donc qualité à l'effet de le

Quid, si, sur sa poursuite, le serment a été reconnu faux ?

faire constater et de requérir l'application des peines que la loi prononce. Mais, lors même que le serment a été reconnu faux sur les poursuites faites à la requête du ministère public, le jugement prononcé par le tribunal civil en vertu de ce serment reste néanmoins irrévocable (1).

La partie qui a succombé par suite de la prestation du serment n'a-t-elle pas une ressource ?

1655. — Si la partie qui a succombé ne peut, sous aucun prétexte, attaquer la *prestation* du serment, il ne lui est pas défendu de soutenir que la *délation* du serment est vicieuse, qu'elle est, par exemple, entachée de dol ou de violence, et, par suite, d'en faire prononcer la nullité, ce qui amènerait, par voie de conséquence, la nullité du serment lui-même. Ainsi, je réclame contre vous une somme de 1,000 fr. ; j'avais un titre qui constatait ma créance, mais vous êtes parvenu à le soustraire : je vous défère alors le serment. Cette délation est le résultat de votre dol : car je ne l'aurais point faite si vous ne m'aviez point soustrait mon titre. Vous prêtez le serment ; mais plus tard on découvre le titre que vous aviez tenu caché : je puis faire rescinder, pour cause de dol, la délation du serment, et, par cette rescision, faire tomber votre serment. J'aurai, à cet effet, la voie de la requête civile, si le jugement que vous avez obtenu est en dernier ressort ; la voie de l'appel, s'il est en premier ressort (art. 480-10°, et 448, C. pr.) (2).

§ II. — *Du serment déféré d'office* ou *serment supplétoire*.

Art. 1366.

Qu'est-ce que le serment *supplétoire* ? A quelle partie peut-il être déféré ?

1656. — Le serment *supplétoire* est celui que le juge défère, de son propre mouvement, à celle des parties qui lui paraît mériter le plus de confiance. Dans certains cas cependant, la loi indique elle-même celle des parties à laquelle il *doit* être déféré (articles 1715, 1716, C. N., et 17, C. comm.). Toutes choses égales d'ailleurs, le juge doit naturellement choisir celle des parties qui a produit quelque commencement de preuve à l'appui de sa prétention.

Combien y en a-t-il d'espèces ?

Le serment supplétoire est de deux sortes. Il peut être déféré : 1° pour en faire dépendre la décision de la cause, lorsque le droit réclamé est douteux ; 2° pour déterminer le montant de la condamnation, lorsque le droit réclamé est constant.

Art. 1367.

A quelles conditions peut-il être déféré ?

— Il ne peut être déféré que sous les conditions suivantes : il faut, 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas complétement dénuée de preuve.

Ainsi, le serment supplétoire ne peut pas à lui seul faire preuve en justice : il n'a de force probante qu'autant qu'il vient compléter, en les corroborant, d'autres preuves qui, par elles-mêmes, n'étaient pas suffisantes. Trois cas sont donc à considérer.

(1) MM. Bonn. ; Zach., Aubry et Rau, t. VI, p. 356 ; Marc., art. 1361-1364. — *Contrà*, M. Dur., t. XIII, n° 600.

(2) Pothier, *Oblig.* ; MM. Dur., t. XIII, n° 691 ; Val. ; Zach., Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Marc., *loc. cit.*

1° La *demande* ou *l'exception* est pleinement justifiée par les preuves qui ont été produites: le juge n'a pas besoin, et, par suite, il n'a pas le droit, de recourir au serment supplétoire. La loi veut qu'il adjuge purement et simplement au demandeur ou au défendeur le bénéfice de ses conclusions.

2° La demande est complétement dénuée de preuves. Ici encore le serment supplétoire est impossible: car, lorsqu'il est seul, il n'a et ne peut avoir en justice aucune force probante. La demande doit être rejetée purement et simplement.

3° La demande n'est pas pleinement justifiée, mais elle n'est pas complétement dénuée de preuves; il existe quelque commencement de preuve qui la rend vraisemblable. Le juge peut alors, mais alors seulement, compléter sa conviction en recourant au serment supplétoire.

Peut-il être déféré au-dessus de 150 fr. lorsqu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit?

1657. — Ce commencement de preuve, qui permet aux juges de déférer le serment supplétoire, peut être, soit un écrit, soit certaines présomptions qui ne sont pas assez graves, assez précises, pour faire preuve complète. Dans le premier cas, le serment peut être déféré, quelle que soit l'importance de la chose ou de la somme qui fait l'objet du procès. En est-il de même dans le second? Le serment peut-il être déféré si la somme demandée dépasse 150 fr.? La négative est généralement admise. Le serment *supplétoire* ne peut, dit-on, avoir d'autre effet que de *compléter* le commencement de preuve qui résulte de ces présomptions; or, ces présomptions, *fussent-elles de nature à faire elles-mêmes preuve complète*, ne sont point admissibles dans les cas où la preuve testimoniale est exclue (voy. cependant les art. 1715 et 1716).

Art. 1369.

Que doit faire le juge qui le défère sur la valeur de la chose demandée?

1658. — Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. — Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

Art. 1368.

Quelles différences y a-t-il entre le serment *décisoire* et le serment *supplétoire*?

1659. — *Différences entre le serment décisoire* et *le serment supplétoire*. — 1° Le serment décisoire ne peut pas être rétracté, dès que la partie à laquelle il a été déféré a déclaré qu'elle était prête à le prêter: il y a alors transaction, et cette transaction, comme toute autre convention, est irrévocable (voy. le n° 1654). — Le serment *supplétoire*, au contraire, ne lie point le juge qui l'a déféré: il peut donc être rétracté, tant qu'il n'a pas été prêté.

2° Celui qui a déféré un serment *décisoire* n'est point recevable à en prouver la fausseté: car il s'est engagé à considérer le procès comme perdu, sous la condition que son adversaire jurera qu'il ne doit point ce qui lui est demandé (voy. le n° 1654). — L'adversaire de celui qui a prêté un serment supplétoire est, au contraire, admis à en prouver la fausseté, par toutes voies de droit. Pothier va même plus loin: « Quoique en première instance, dit-il, la cause ait été décidée par le serment qui a été déféré à

l'une des parties, cela n'empêche point le juge d'appel de le déférer à l'autre partie, s'il croit que la chose doit se décider par le serment de cette partie plutôt que par le serment de celle à qui il a été déféré en première instance. »

3° Le serment *décisoire* peut être *référé* (voy. le n° 1648). — Le serment *supplétoire* ne peut pas l'être : la partie à laquelle il a été déféré doit le prêter ou perdre sa cause.

4° Le serment *décisoire* peut être déféré, même dans les causes où la preuve testimoniale ne serait pas admise (voy. le n° 1652). — Le serment *supplétoire* ne peut l'être que dans les causes où la preuve testimoniale serait elle-même admissible (voy. les n^{os} 1656 et 1657).

TITRE QUATRIÈME.

29e *Répétition.*

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

Art. 1370.

D'où naissent les obligations qui se forment sans convention ?

1660. — Les obligations qui se forment sans convention naissent de la loi ou d'un fait de l'homme autre qu'un contrat. Ce fait de l'homme peut être licite ou illicite : au premier cas, c'est un *quasi-contrat ;* au second, c'est un *délit* ou un *quasi-délit*, suivant qu'il y a eu ou non, chez son auteur, *intention* de nuire.

— J'ai toujours eu de la peine à comprendre cette division des obligations.

Ne peut-on pas dire, sous un certain rapport, que toutes les obligations viennent de la loi ?

Si l'on considère la force juridique de l'obligation, l'action qui en fait un *vinculum juris*, toute obligation vient de la loi : car c'est la loi qui, dans tous les cas possibles, organise les moyens de coercition sans lesquels il ne peut y avoir que des obligations *naturelles*. Sous ce rapport, aucune distinction n'est possible : toutes les obligations viennent de la loi.

Ne peut-on pas, sous un certain rapport, dire qu'aucune obligation ne dérive de la *seule* autorité de la loi ?

Que si l'on considère la cause première, immédiate, des obligations, aucune d'elles ne vient de la loi. Ce n'est pas la loi, en effet, qui les engendre ; elle les trouve écrites dans la morale, dans le droit naturel, et c'est en les sanctionnant qu'elle les fait siennes, qu'elle en fait des obligations civiles. Sous ce rapport encore, aucune distinction n'est possible : les obligations ne dérivent jamais de la *seule* autorité de la loi.

Quelle pensée la loi a-t-elle donc entendu exprimer lorsqu'elle a dit que les obligations qui se forment sans convention naissent d'un fait de l'homme ou de la loi ?

Voici, je crois, l'idée qu'ont voulu exprimer les rédacteurs du Code.

Les obligations naturelles que la loi sanctionne ont leur source, soit dans un fait de l'homme, soit dans un événement autre qu'un fait de l'homme.

Les circonstances ou événements, autres qu'un fait de l'homme, qui donnent naissance aux obligations que la loi fait siennes, sont fort nombreux : il a donc été impossible de les comprendre tous

sous une expression générique. Les rédacteurs du Code se sont alors tirés d'affaire en disant que la loi est elle-même la source de toutes les obligations civiles qui ne dérivent point d'un fait de l'homme.

Les obligations qui *résultent de l'autorité seule de la loi* sont donc celles qui dérivent d'un événement ou d'une circonstance autre qu'un fait de l'homme, et que la loi fait siennes en les sanctionnant. L'art. 1370 cite, à titre d'exemples :

Quelles obligations sont citées par le Code comme étant nées de la loi ?

1° *Les obligations qui existent entre propriétaires voisins.* — Ainsi, par exemple, l'obligation dont est tenu le propriétaire d'un mur d'en céder, moyennant une indemnité, la mitoyenneté au voisin qui en a besoin, dérive de la loi, en ce sens qu'elle existe indépendamment d'un fait de l'homme (art. 640 à 685).

2° *Les obligations dont sont tenus les tuteurs et administrateurs qui ne peuvent point refuser la fonction qui leur est confiée :* telle est, par exemple, l'obligation imposée au père de gérer, comme *administrateur*, pendant le mariage (art. 389), comme *tuteur* après la mort de sa femme (art. 390), les biens de ses enfants mineurs.

Les tuteurs sont-ils toujours obligés en vertu de la loi ?

Quant aux tuteurs qui acceptent une tutelle qu'ils sont en droit de refuser, les obligations dont ils sont tenus ne dérivent point de la seule autorité de la loi ; elles naissent d'un fait qui leur est personnel, de l'acceptation qu'ils ont faite de la tutelle. Il y a alors *quasi-contrat*.

CHAPITRE I. — DES QUASI-CONTRATS.

Art. 1370 et 1371.

1661. — DÉFINITION. — Aux termes de l'art. 1370, les obligations qui ne dérivent point de la seule autorité de la loi naissent « *d'un fait personnel à l'obligé.* »

Cette formule de l'art. 1370 : les obligations qui ne naissent point de la loi *naissent d'un fait personnel à l'obligé*, est-elle exacte ? N'est-elle pas corrigée par l'art. 1371 ?

Si nous prenons ce texte à la lettre, nous devrons dire que le quasi-contrat est toujours *unilatéral*, qu'il n'engendre qu'une obligation dont est tenu l'auteur du fait qui constitue le quasi-contrat, qu'on ne peut, en un mot, être obligé que par son propre fait.

Aux termes de l'art. 1371, « le quasi-contrat est un fait purement volontaire de l'homme, dont il résulte une obligation envers un tiers et *quelquefois un engagement* RÉCIPROQUE des deux parties. »

Le quasi-contrat peut donc, aux termes de ce texte, être *synallagmatique* : on peut donc être obligé, non-seulement par son propre fait, mais encore par le fait d'autrui.

Ainsi, les dispositions des art. 1370 et 1371 sont contradictoires : l'une d'elles doit être rejetée. Laquelle doit l'être ? La première. Nous verrons, en effet, tout à l'heure, que la gestion d'affaires, que le Code range parmi les quasi-contrats, oblige non-seulement le *gérant* (l'auteur du fait), mais encore le *maître*, c'est-à-dire la personne dont les affaires ont été gérées à son insu ou sans sa volonté (art. 1372 et 1375).

La définition que

Toutefois, la définition que l'art. 1371 donne du quasi-contrat

l'art. 1371 donne du quasi contrat n'est-elle pas elle-même défectueuse ?

est elle-même défectueuse sous un certain rapport. Il n'est pas vrai de dire, en effet, que *tout fait volontaire* de l'homme dont il résulte une ou plusieurs obligations est un *quasi-contrat* : car, lorsque ce fait est *illicite*, il constitue, non pas un quasi-contrat, mais un délit ou un quasi-délit (art. 1382 et 1383).

Ainsi, le fait volontaire de l'homme dont il résulte un engagement est un quasi-contrat s'il est *licite*, un délit ou un quasi-délit s'il est *illicite*.

Qu'est-ce donc qu'un *quasi-contrat* ?

En résumé, le quasi-contrat est un fait licite et volontaire de l'homme, qui oblige son auteur envers une autre personne, et quelquefois aussi une autre personne envers lui.

Quels sont ceux qui sont cités par le Code ?
Sont-ce les seuls ?
Pourquoi le Code ne cite-t-il que la *gestion d'affaires* et le *paiement de l'indu* ?

1662. — Notre Code n'a réglementé que deux quasi-contrats seulement : *la gestion d'affaires* et *le paiement de l'indu*. Il n'en faut cependant pas conclure que ces deux quasi-contrats soient les seuls. On peut, en effet, citer encore, comme formant des quasi-contrats, l'acceptation d'une tutelle par un tuteur qui aurait pu la refuser (voy. le n° 1660-2°), et l'acceptation d'une succession par un héritier renonçant (voy. le n° 257) (1).

Si le Code ne s'est spécialement occupé, sous ce titre, que de la gestion d'affaires et du paiement de l'indu, c'est que ses rédacteurs ont copié le *Digeste*, où ces deux quasi-contrats font l'objet de deux Titres spéciaux.

§ I. — *De la gestion d'affaires.*

Art. 1372.

Qu'est-ce que la *gestion d'affaires* ?

1663. — I. *Définition de la gestion d'affaires, sa nature, ses différences avec le mandat.* — La gestion d'affaires est le fait volontaire d'une personne qui, sans avoir reçu mandat à cet effet, agit, stipule ou promet, dans l'intérêt d'un tiers.

Quand oblige-t-elle le maître ?

Le gérant d'affaires agit et fonctionne comme le fait un mandataire. Il n'a pas, il est vrai, reçu pouvoir du maître ; mais, si celui-ci ratifie ce qui a été fait, ou même, à défaut de ratification, si la gestion a été *utile*, c'est-à-dire si l'intérêt bien entendu du maître exigeait qu'on fît pour lui ce qui a été fait, cette ratification ou l'utilité de la gestion équivaut à un mandat. Les rapports entre le gérant et le maître sont alors réglés comme le sont ceux qui existent entre un mandant et un mandataire.

Quelles différences y a-t-il entre le quasi-contrat de gestion d'affaires et le mandat ?

1664. — Il existe pourtant entre le mandat et la gestion d'affaires deux différences que je dois noter.

1° Le mandataire qui a fait ce qu'on lui a demandé de faire a droit au remboursement de ses dépenses, *lors même qu'elles n'ont procuré aucun profit au mandant* (art. 1999). — Le gérant d'affaires, au contraire, n'a droit qu'au remboursement des dépenses qui ont

(1) L'acceptation faite par un successible saisi (héritier légitime ou successeur irrégulier) n'engendre aucune obligation ; elle ne fait que confirmer et rendre irrévocables les obligations dont il était déjà tenu.

été *utilement faites*, que l'intérêt du maître exigeait qu'on fît pour lui (art. 1375).

2° Lorsque le mandant meurt, le mandataire n'est tenu de continuer l'affaire qui lui a été confiée *qu'autant qu'il y a péril en la demeure* (art. 1991). — Le gérant d'affaires, au contraire, doit, à la mort du maître, continuer l'affaire dont il s'est volontairement chargé, non pas seulement lorsqu'il y a péril en la demeure, mais *dans tous les cas*, et jusqu'à ce que les héritiers puissent en prendre la direction (art. 1373).

La loi s'est montrée plus rigoureuse à l'égard du gérant d'affaires qu'à l'égard du mandataire, afin que le premier venu ne puisse pas, en s'immisçant légèrement dans les affaires d'une personne absente, écarter d'autres personnes amies qui s'en chargeraient et y apporteraient peut-être plus de dévouement : la loi veut qu'une fois qu'il s'est chargé de l'affaire, il la gère comme le pourrait faire une personne très-dévouée aux intérêts du maître et de sa famille.

Art. 1372, 1373 et 1374.

Quelles sont les obligations du gérant ?

1665. — II. *Des obligations du gérant.* — Elles sont toutes résumées dans cette formule : « Le gérant *est soumis à toutes les obligations qui résultent d'un contrat de mandat.* » Il doit donc :

1° Accomplir et terminer l'affaire dont il s'est volontairement chargé (art. 1372, 1991-1er alinéa). — La mort du maître ne fait pas même cesser l'obligation dont il est tenu : sous ce rapport, la gestion diffère du mandat (voy. le n° 1664, 2°).

2° Se charger de toutes les dépendances de l'affaire qui fait l'objet de la gestion.

3° Y apporter tous les soins d'un bon père de famille. — Cependant, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résultent de sa faute ou de sa négligence.

4° Rendre compte de sa gestion (art. 1993, 1994). — Il doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour où il a été mis en demeure (art. 1996).

Art. 1375.

Quelles sont les obligations du maître ?

Contre qui les tiers qui ont contracté avec le gérant ont-ils action ?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ?

1666. — III. *Des obligations du maître.* — Elles sont toutes contenues dans cette formule : « Le maître dont l'affaire a été *utilement* gérée *est soumis à toutes les obligations qui résultent d'un contrat de mandat.* » Il doit donc :

1° *Remplir les obligations qui ont été contractées en son nom par le gérant* (art. 1998). — La loi suppose que le gérant, en contractant avec un tiers, a parlé *au nom du maître*. Dans cette hypothèse, c'est le maître, et non le gérant, qui est obligé. Le créancier n'a aucune action contre le *gérant;* le *maître* est son débiteur direct. En d'autres termes, et pour généraliser, tous les effets légaux d'un contrat fait par un gérant, parlant au nom du maître, se réalisent activement et passivement, non pas dans la personne du gérant, mais dans celle du maître. — *Primus* est absent, et sa maison menace ruine; *Secundus*, se constituant son représentant,

va trouver un maçon et lui dit : « La maison de *Primus* a besoin d'être réparée ; faites les travaux nécessaires à sa conservation, et *Primus*, au nom duquel je parle, vous paiera telle somme. » La somme est due, non pas par *Secundus*, le gérant, mais par *Primus*, le maître, qui seul peut être poursuivi et contraint de payer.

2° *Indemniser le gérant des engagements qu'il a pris en son propre nom.* — On suppose que le gérant, en contractant avec un tiers, a parlé, non pas au nom du maître, mais en son propre nom. Dans cette hypothèse, c'est le gérant, et non le maître, qui est obligé envers le créancier. Celui-ci n'a point d'action directe contre le maître; mais, comme le gérant d'affaires en a une contre ce dernier, à l'effet de se faire indemniser par lui, le créancier peut atteindre le maître en le poursuivant du chef de son débiteur, le gérant, conformément au principe de l'art. 1166. — Il se peut que le tiers qui traite avec le gérant, parlant au nom du maître, exige, pour plus de sûreté, que le gérant s'engage également. Dans cette hypothèse, le gérant et le maître sont l'un et l'autre directement obligés envers le créancier.

3° *Lui rembourser les avances qu'il a faites en exécutant des dépenses utiles ou nécessaires.*

4° *Lui payer l'intérêt dès mêmes avances, à compter du jour où elles ont été faites* (art. 2001) (1).

1667. — IV. *Quand il y a gestion d'affaires.* — Le quasi-contrat de gestion d'affaires n'a lieu qu'autant que deux conditions concourent. Il faut : 1° que l'affaire soit gérée sans le consentement exprès ou tacite du maître ; 2° que le gérant n'agisse point *animo donandi*, — en d'autres termes, que le gérant ait l'intention de se faire rembourser par le maître ce qu'il dépense à son profit.

Reprenons séparément ces deux conditions.

Art. 1372.

Lorsque quelqu'un gère l'affaire d'une personne qui *connaît* la gestion et ne s'y oppose pas, y a-t-il quasi-contrat de gestion d'affaires, ou contrat tacite de mandat ?

1° *Il faut que l'affaire soit gérée sans le consentement exprès ou tacite du maître.* — Selon le droit romain, lorsque le maître connaît la gestion et ne s'y oppose pas, ce n'est plus un quasi-contrat de gestion d'affaires, mais un *contrat tacite de mandat*, qui se forme entre les parties. Celui, disait-on, qui sait qu'on fait pour lui une affaire, et qui la laisse faire, consent tacitement à ce qu'elle soit faite : il est donc réputé donner mandat à cet effet (2). Pothier est du même avis. « Le quasi-contrat de gestion d'affaires ne se forme, dit-il, qu'autant que la gestion a eu lieu sans mandat exprès ou tacite, c'est-à-dire *à l'insu des parties.* »

Aux termes de notre art. 1372, le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme, « soit que le maître connaisse la gestion, soit qu'il l'*ignore.* »

Cette disposition, si elle était prise à la lettre, nous conduirait à dire qu'il n'y a pas, dans notre Code, de mandat tacite, et que

(1) MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 528; Dur., t. XIII, p. 674 ; Marc., art. 1375.

(2) Ulpien, L. 60, D., *De reg. jur.*

la gestion, bien qu'entreprise à la connaissance du maître qui ne s'y est pas opposé, ne constitue qu'un simple quasi-contrat de gestion d'affaires. Mais tout le monde convient qu'elle n'a pas le sens absolu qu'elle paraît avoir. La question de savoir si la gestion entreprise à la connaissance du maître, qui ne s'y est pas opposé, constitue le quasi-contrat de gestion d'affaires ou un contrat tacite de mandat, dépend d'une distinction qu'indique la nature même des choses. Le maître, qui a connu la gestion, a-t-il *pu* ou non s'y opposer? S'il l'a pu et s'il ne l'a pas fait, il est censé avoir donné mandat, car il est impossible d'expliquer autrement son silence; si, au contraire, il n'a eu ni le temps ni les moyens (et c'est à cette hypothèse que se réfère notre article) de s'y opposer, rien n'indique qu'il l'a approuvée, ce qui exclut l'hypothèse d'un mandat tacite.

Ainsi, le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme : 1° lorsque la gestion est entreprise *à l'insu du maître;* — 2° lorsque le maître, averti de la gestion, n'a pas le temps ou le moyen de s'y opposer.

Quel est l'intérêt de cette question ?

Mais, dira-t-on, qu'importe qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires ou qu'il y ait contrat tacite de mandat, puisque les obligations dont sont tenus le gérant et le maître sont les mêmes que celles qui résultent d'un mandat? Cette observation critique serait juste si le quasi-contrat de gestion d'affaires et le mandat étaient *absolument* régis par les mêmes règles ; mais j'ai montré (sous le n° 1664) qu'il existe entre la gestion d'affaires et le mandat deux différences importantes.

Y a-t-il quasi-contrat de gestion d'affaires lorsque celui qui gère agit *animo donandi?*

2° *Il faut que le gérant n'agisse pas* ANIMO DONANDI. — J'ai l'intention de vous donner une somme d'argent. Mais, craignant que vous n'en fassiez un mauvais usage, je tiens à en faire moi-même l'emploi dans votre intérêt : en conséquence, je paie un de vos créanciers. Il y a là, non pas un quasi-contrat de gestion d'affaires, mais une donation indirecte. Vous n'êtes pas tenu de me rendre la somme que j'ai employée à votre profit, vous ne me la devez point, puisque j'ai renoncé d'avance au droit de vous la réclamer.

Quid, s'il a géré imprudemment, sans utilité évidente pour le maître?

Est-il, dans ce cas, privé de toute action?

1668. — *De l'action* DE IN REM VERSO. — Celui qui, s'immisçant dans les affaires d'autrui, le fait imprudemment, sans nécessité, sans utilité évidente pour le maître, qui, en un mot, fait des dépenses qu'un bon administrateur ne ferait pas, celui-là ne peut pas invoquer l'action de gestion d'affaires, à l'effet de recouvrer ses dépenses; mais, à défaut de l'action de gestion d'affaires, une autre action lui est ouverte, une action fondée sur ce principe de justice, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, l'action *de in rem verso.*

Quelle différence y a-t-il entre l'action de gestion d'affaires et l'action *de in rem verso?*

Cette action est moins favorable que l'action de gestion d'affaires.

Le gérant qui a fait des dépenses utiles ou nécessaires a droit *à toutes ses avances*, alors même qu'elles dépassent le profit qu'elles

ont procuré au maître. La règle à suivre est celle-ci : le juge doit rechercher si le maître, considéré comme un bon administrateur, eût fait lui-même la dépense qu'il s'agit d'apprécier, et, en cas d'affirmative, rendre le gérant complétement indemne, c'est-à-dire lui attribuer toute sa dépense, fût-elle supérieure au profit qui en est résulté. — Ce n'est pas tout : le gérant a droit à ses dépenses par cela seul que l'affaire qu'il a entreprise a été utilement gérée ; il y a droit lors même que des événements de force majeure ou des cas fortuits ont fait disparaître l'utilité que la gestion avait produite. J'ai, pendant votre absence, réparé votre maison qui menaçait ruine ; elle périt ensuite par cas fortuit: bien que l'utilité que ma gestion avait produite n'existe plus au moment de ma demande, vous me devez cependant rembourser les dépenses que j'ai faites pour vous et dans votre intérêt. Ainsi, il suffit que l'utilité ait existé dès le principe ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait persévéré jusqu'au moment de la demande en remboursement des dépenses.

L'action *de in rem verso* diffère sous ce double rapport de l'action de gestion d'affaires : 1° elle n'est donnée que dans la limite du profit que le défendeur a retiré des dépenses réclamées, en d'autres termes, le défendeur n'en est tenu que *quatenùs locupletior factus est;* 2° pour apprécier si celui contre lequel elle est donnée a ou non tiré profit des dépenses qu'on lui réclame, les juges doivent se placer, non pas au moment où les dépenses ont été faites, mais à l'époque de la demande en remboursement : si donc l'utilité produite *ab initio* a été ensuite détruite par suite d'un cas fortuit, aucune indemnité n'est due au demandeur.

Y a-t-il quasi-contrat de gestion d'affaires lorsque la gestion a été entreprise *malgré* le maître ?

1669. — Y a-t-il quasi-contrat de gestion d'affaires lorsque la gestion a été entreprise *malgré* le maître, contre son opposition formelle ? Non, en principe.

Si le gérant a fait l'affaire *animo donandi*, il n'a rien à réclamer, puisqu'il a fait d'avance remise de la dette que la gestion par lui entreprise devait faire naître à son profit.

S'il n'a pas agi *animo donandi*, il a eu tort de résister au maître : il n'a et ne peut avoir alors qu'une simple action *de in rem verso*. Cependant, s'il a eu des motifs sérieux, honnêtes et légitimes, d'agir ainsi qu'il l'a fait, si la résistance du maître a été ridicule, a été le résultat d'un entêtement aveugle et irréfléchi, on devra alors lui accorder l'action proprement dite de gestion d'affaires (voy., sous les nos 1319 et s., l'application de cette théorie) (1).

Faut-il, pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires, que la gestion ait été entreprise en considération de la personne que l'affaire intéresse ?

1670. — Faut-il, pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires, que la gestion ait été entreprise en *considération* de la personne que l'affaire intéresse? En d'autres termes, celui qui a géré l'affaire d'une personne à laquelle il ne songeait point a-t-il contre elle une action de gestion d'affaires proprement dite, ou une

(1) *Contrà*, MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 529.

simple action *de in rem verso?* Je distinguerai, sur cette question, deux hypothèses :

1° *Le gérant a fait l'affaire de telle personne, croyant faire celle d'une autre personne : il a, par exemple, géré l'affaire de* Primus, *croyant gérer celle de* Secundus. — Bien qu'il n'ait pas eu en vue l'intérêt de *Primus*, il est vrai, néanmoins, que la gestion qu'il a accomplie est, de sa part, un bon office, un acte de dévouement : c'est l'intérêt d'autrui et non le sien qui l'a mis en mouvement. La loi lui doit donc faveur et protection. Je lui accorde une action de gestion d'affaires proprement dite.

2° *Le gérant a fait l'affaire d'autrui, croyant faire la sienne propre.* — L'acte qu'il a fait est une pure spéculation, entreprise dans son propre intérêt ; ce n'est pas une gestion d'affaires proprement dite, car la gestion est un bon office. Il ne mérite donc aucune faveur particulière. Tout ce qu'on lui doit, c'est que la personne qui profite de ses dépenses ne s'enrichisse pas à son détriment. Je ne lui accorde, en conséquence, qu'une simple action *de in rem verso.* — L'art. 555 confirme cette solution. Qu'y voyons-nous, en effet ? Que le possesseur qui a fait des travaux sur un immeuble qu'il croyait sien peut réclamer, non pas toutes ses dépenses, mais seulement la plus-value qui en est résultée, et la plus-value existant encore au moment de l'éviction ; en un mot, que le propriétaire qui l'évince n'est tenu envers lui que *quatenùs locupletior factus sit.*

Celui qui, en faisant sa propre affaire, procure indirectement un avantage à autrui, a-t-il une action de gestion d'affaires ?

1671. — Enfin, remarquons que celui-là n'a droit ni à l'action de gestion d'affaires, ni à l'action *de in rem verso*, qui, en faisant une affaire qui lui est toute personnelle, qui n'intéresse que lui, procure indirectement un avantage à autrui. Ainsi, par exemple, lorsqu'en abattant votre maison pour en faire un jardin, vous me procurez une vue magnifique, je ne suis pas obligé de vous payer la plus-value dont je bénéficie. Ce que je gagne, dans l'espèce, n'est pas sorti de votre patrimoine ; le gain que j'ai fait ne vous a causé aucune perte. Je n'ai donc point d'indemnité à vous payer.

Quid, si l'affaire qu'il a gérée lui était commune avec une autre personne ?

— Mais il n'en est pas de même lorsque l'affaire que j'ai faite m'était commune avec une autre personne qui en a profité. Ainsi, la caution qui, en payant le créancier, a libéré ses cofidéjusseurs en même temps qu'elle s'est libérée elle-même, a contre eux une action de gestion d'affaires, à l'effet de leur faire supporter une portion de la dépense qu'elle a faite dans l'intérêt de tous (article 2033).

§ II. — *Du paiement de l'indu.*

Art. 1376 et 1377.

Pourquoi celui qui a reçu une chose non due est-il obligé de la rendre ?

1672. — I. GÉNÉRALITÉS. — *Dans quels cas se forme le quasi-contrat appelé* PAIEMENT DE L'INDU. *Sa définition.* — Le paiement étant *nul* lorsque la dette payée n'existe qu'en apparence, celui qui l'a reçu n'a point le droit de conserver le bénéfice qu'il en a retiré ;

autrement, il s'enrichirait aux dépens d'autrui. De là la règle que celui qui a reçu une chose qui ne lui était point due est tenu de la restituer. De là, pour l'autre partie, le droit de répéter ce qu'elle a payé indûment.

Dans quels cas a lieu le paiement de l'indu ?

Il y a paiement de l'indu et, par conséquent, il y a lieu à répétition :

1° Lorsqu'une dette qui paraissait exister, mais qui en réalité n'existait point, a été payée par erreur (art. 1235 et 1376);

2° Lorsqu'une dette réellement existante a été payée par le débiteur à une personne qui paraissait être, *mais qui n'était pas, le créancier* (art. 1376) ;

3° Enfin, quand elle a été payée *au créancier* par une personne qui paraissait être, *mais qui n'était pas, le débiteur* (art. 1377) (1).

Ce qui est le fruit de l'erreur ne saurait être maintenu. Là est toute la pensée de la loi.

Lorsqu'un créancier a été payé par un tiers, ce paiement constitue-t-il le paiement de l'indu ou le quasi-contrat de gestion d'affaires ?

1673.—II. *Si l'erreur est une condition nécessaire à la formation du quasi-contrat appelé paiement de l'indu, en d'autres termes, si celui qui a payé une chose* QU'IL SAVAIT NE PAS DEVOIR *a le droit de la répéter*. — Reprenons séparément, en commençant par la dernière, chacune des hypothèses du paiement de l'indu.

Le paiement a été fait au créancier par un tiers. — Ici point de difficulté : la loi est formelle. Si le tiers qui a payé l'a fait par erreur, c'est-à-dire s'il a payé en son nom, croyant payer sa propre dette, il y a lieu à répétition. Si, au contraire, il a payé *sciemment*, sachant bien qu'il n'était pas débiteur, le droit de répétition n'existe point. On rentre alors dans l'hypothèse du quasi-contrat de gestion d'affaires : le tiers qui a effectué le paiement a payé au nom et en l'acquit du débiteur, afin de le libérer. Il a atteint le but qu'il s'était proposé : partant, il n'a rien à réclamer au créancier. C'est par le débiteur qu'il doit se faire rembourser ce qu'il a payé pour lui.

1674. — *La chose a été payée, soit par une personne qui ne la devait pas à une personne à qui elle n'était pas due, soit par le véritable débiteur à une personne autre que le créancier ou son représentant.*—Faut-il, dans ces deux hypothèses, comme dans la précédente, distinguer si celui qui a effectué le paiement a payé *par erreur* ou *sciemment?* L'art. 1376, qui les prévoit l'une et l'autre, ne fait point cette distinction. On peut donc soutenir, en s'appuyant sur le silence de la loi, que le droit de répétition existe dans cette double hypothèse, *même au profit de celui qui a payé en parfaite connaissance de cause, sachant bien qu'il ne devait pas.*

(1) C'est une question fort intéressante et très-controversée que celle de savoir s'il y a paiement de l'indu et, par suite, s'il y a lieu à répétition, au cas où un prix de vente a été payé *au cessionnaire* ou *aux créanciers* du vendeur par l'acheteur qui, après le paiement effectué, a été évincé de la chose vendue. Je l'ai étudiée contradictoirement avec M. Héan et résolue affirmativement dans la *Revue pratique*, t. XIV, p. 390 et s.; t. XV, p. 97 et s.; t. XVI, p. 18 et s.; p. 65 et s.

Celui qui a payé une chose qu'il ne devait pas à une personne à qui elle n'était pas due ou qui, la devant, l'a payée à un autre qu'à son créancier, peut-il la répéter s'il prouve qu'il l'a payée *par erreur*?

Cette solution est trop absolue; je ne l'admettrai que par exception. En principe, celui qui a payé une chose qu'il ne devait pas à une personne à qui elle n'était point due, ou celui qui, la devant, l'a payée à une autre personne qu'à son créancier, n'a pas le droit de la répéter lorsqu'il l'a payée *sciemment; à moins pourtant que l'acte qu'il a fait ne puisse pas être maintenu, même à titre de donation déguisée sous l'apparence du paiement.* C'est ce que je vais démontrer.

Lorsque le demandeur en répétition prouve qu'il a payé *par erreur*, sa demande doit être admise. A quel titre, en effet, le défendeur conserverait-il la chose qui lui a été livrée? A titre de paiement? il est nul! A titre de donation? mais le demandeur n'a pas eu l'intention de faire une libéralité, puisqu'il a voulu et cru faire un paiement!

Le droit de répétition suppose donc que celui qui a reçu la chose réclamée n'a aucun titre, aucun motif légitime et légal, pour la retenir.

Quid, s'il l'a payée sciemment, sachant bien qu'il ne la devait pas?

Or, s'il est établi que le demandeur en répétition a payé sciemment, sachant bien qu'il ne devait pas, le défendeur alors a un titre légitime pour conserver la chose qui lui a été livrée. Et, en effet, celui qui paie ce qu'il sait ne pas devoir, veut évidemment déguiser une libéralité sous l'apparence d'un paiement: car, si on ne lui suppose cette intention, il faut alors, de toute nécessité, supposer qu'il a voulu faire un acte dérisoire ou une malice. Cette seconde interprétation ne saurait être admise; elle est repoussée par l'art. 1157, aux termes duquel les actions des hommes doivent toujours être entendues dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elles n'en peuvent produire aucun.

Ainsi, celui qui paie une chose qu'il sait ne pas devoir, entend faire une libéralité, une libéralité indirecte, déguisée; or, la loi reconnaît la validité des libéralités indirectes et des libéralités manuelles (voy. le n° 680) : donc celui qui a reçu cette chose a un titre légitime pour la conserver. Ce titre est un contrat de donation.

Est-il toujours, dans ce cas, privé du droit de la répéter?

1675. — Mais, bien entendu, je suppose que la chose qui a été livrée est de telle nature qu'elle a pu être valablement donnée, *même en l'absence des solennités requises pour la validité des donations.* Dans le cas contraire, l'acte étant nul et comme paiement et comme donation, la chose payée doit être restituée.

Je vous ai payé un *meuble* corporel que je savais ne pas vous devoir. Le paiement n'est, en réalité, qu'une donation, mais une donation valable, car les meubles peuvent être donnés au moyen d'une simple tradition.

Mon père, par un testament qu'il a ensuite révoqué, vous a fait remise d'une dette dont vous étiez tenu envers lui, ou d'une servitude qu'il avait sur un de vos biens; je sais que le testament est révoqué, que je ne vous dois pas cette remise, et cependant je vous

la fais. Il n'y a là au fond qu'une donation, mais une donation valable, puisque les libéralités qui consistent dans l'*abandon* d'un droit mobilier ou immobilier ne sont point soumises aux solennités des donations ordinaires (voy. le n° 678).

Je vous ai livré un immeuble que je savais ne pas vous devoir. Je puis le répéter, car la tradition que je vous ai faite ne vaut à aucun titre; c'est un acte nul. Elle ne vaut pas comme paiement: car tout paiement suppose une dette. Elle ne vaut pas comme libéralité déguisée : car les donations qui ont pour objet la transmission d'un immeuble ou d'un droit immobilier sont soumises, quant à leur validité, à des formalités rigoureuses, qui font ici défaut (1).

Quels faits doit prouver le demandeur en répétition ?

1676. — III. *Quels faits doivent être prouvés par le demandeur en répétition, et comment il les prouve. Si c'est à lui à prouver qu'il a payé par erreur, ou au défendeur à établir l'absence d'erreur.* — Le demandeur doit prouver : 1° qu'il a effectué un paiement; 2° que la dette qu'il a voulu payer n'existait ni civilement ni naturellement. Doit-il 3° prouver qu'il a payé par erreur? La question peut être controversée ; nous la résoudrons tout à l'heure (voy. le n° 1679).

Peut-il prouver, par témoins, le paiement dont l'objet dépasse 150 fr. ?

1° *Il doit prouver le paiement.* — Cette preuve peut-elle être faite par témoins lorsque la chose payée dépasse 150 fr. ? Il faudrait admettre l'affirmative, si l'on devait s'en tenir au texte de l'art. 1348. Il y est dit, en effet, que les quasi-contrats peuvent toujours être prouvés par témoins. Mais, nonobstant la généralité de ses termes, tout le monde convient que la règle qu'il établit ne s'applique qu'aux quasi-contrats dont il a été impossible de se procurer une preuve écrite (voy. le n° 1610); or, dans l'espèce, celui qui prétend avoir payé aurait pu facilement se procurer une preuve écrite du paiement. Que n'a-t-il retiré une quittance?

Ainsi, à défaut d'un commencement de preuve par écrit, point de preuve testimoniale, à moins que le demandeur ne prétende ou qu'il a été, par suite de quelque circonstance extraordinaire, dans l'impossibilité de retirer une quittance, ou que la quittance qu'il avait exigée a été détruite par suite d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1347 et 1348).

Comment prouvera-t-il que la dette payée n'existait point ?

1677. — 2° *Il doit prouver que la dette qu'il a voulu payer n'existait point.* — Mais comment prouvera-t-il *qu'il n'était point débiteur ?* N'est-ce pas là un fait *négatif?* Or, comment prouver un fait de cette nature? Lui faudra-t-il donc passer en revue toutes les sources des obligations, et, par conséquent, prouver qu'il n'a jamais emprunté du défendeur, qu'il ne lui a rien acheté, qu'il n'a été ni son locataire ni son dépositaire, etc., etc. ? Mais, dit-on, une semblable preuve est impossible !

(1) La jurisprudence tient pour valables les donations, même immobilières, déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux (voy. le n° 681). Dans ce système, la distinction que nous avons faite devrait être rejetée.

Sans doute, la preuve d'un fait aussi général est impossible ; mais il est facile de le circonscrire, de le ramener à un fait positif, déterminé, dont la preuve pourra être administrée. Le demandeur dira : « C'est pour acquitter *telle dette* que je vous ai livré la somme ou la chose dont je réclame la restitution ; *cette dette* n'existait pas : en conséquence, vous me devez rendre ce que je vous ai payé. »

Le demandeur a donc à prouver : 1° qu'il a entendu acquitter *telle dette ;* 2° que cette dette n'existait point. Or, la preuve de ces deux faits est facile. Je prends une espèce. Un héritier acquitte un legs dont il se croit tenu ; il découvre ensuite un codicille contenant révocation du legs : « J'ai payé un *legs*, dira-t-il, la quittance que vous m'avez délivrée en fait foi (1). Voici le codicille qui révoque *le legs* que j'ai acquitté : j'ai donc payé ce que je ne devais pas. »

En résumé, le demandeur en répétition soutient, d'une part, qu'il a entendu acquitter *telle dette*, ce qui est un fait positif dont la preuve est facile, et, d'autre part, que cette dette était nulle ou éteinte, ce qui est encore un fait positif dont la preuve peut être facilement administrée.

Le demandeur qui a prouvé le paiement nié par le défendeur doit-il prouver que la dette payée n'existait pas ?

1678. — Si le demandeur affirme avoir payé entre les mains du défendeur qui le nie, et que le paiement soit prouvé, le mensonge dont le défendeur s'est rendu coupable fait naître contre lui la présomption que la dette qui a été payée n'existait pas : car, si elle avait existé, il n'aurait eu aucun intérêt à nier le paiement, puisque le paiement eût été valable. Il aura donc à combattre, par d'autres preuves, la présomption qu'il a élevée contre lui.

Ainsi, lorsque le défendeur a nié injustement le paiement, c'est à lui de prouver l'existence de la dette : car son inexistence est présumée dans l'intérêt du demandeur.

Est-ce au demandeur à prouver qu'il a payé par erreur, ou au défendeur à prouver qu'il a payé sciemment ?

1679. — 3° Je suppose ces deux faits établis : un paiement a été fait ; la dette payée n'existait pas. Reste la question de savoir si le demandeur en répétition a ou non payé, *sachant bien qu'il n'était pas débiteur*. Est-ce alors à lui à prouver son erreur ? N'est-ce pas,

(1) Le plus souvent, en effet, la quittance contient la désignation de la dette payée. Il est possible cependant qu'elle soit conçue en termes généraux, sans aucune indication de la dette qui a fait l'objet du paiement. Dans ce cas, le demandeur en répétition peut dire au défendeur : « J'affirme que j'ai entendu acquitter telle dette ; vous le niez. Déclarez donc quelle est, suivant vous, la dette qui a été payée. » Si le défendeur fait cette indication, le demandeur pourra ensuite facilement prouver que la dette indiquée était nulle ou éteinte au moment du paiement. Si le défendeur refuse de la faire, son refus sera considéré comme un aveu tacite que la dette désignée par le demandeur est bien celle qui a été l'objet du paiement. — Mais, si le défendeur est l'héritier du prétendu créancier, il peut légitimement refuser de faire cette indication. « Je ne le puis pas, dira-t-il ; vous vous êtes présenté comme débiteur du défunt ; vous m'avez payé une somme sans me dire à quel titre vous la deviez : je ne puis donc pas vous renseigner à cet égard. » Dans ce cas, le demandeur devrait succomber faute de preuve. — *Conf.* MM. Zach., Aubry et Rau, t. III, p. 535.

au contraire, au défendeur à prouver que le paiement a été fait en parfaite connaissance de cause?

Ne faut-il pas, pour résoudre cette question, faire une distinction?

La question est délicate. L'erreur ne se présume point. Mais les libéralités ne se présument point non plus; or, dans l'espèce, le défendeur soutient qu'une libéralité lui a été faite. Que décider donc?

Si le défendeur a d'abord nié le paiement et qu'il ait succombé sur ce point, une forte présomption s'élève contre lui, au profit du demandeur en répétition. S'il était vrai, ainsi qu'il l'affirme maintenant, que le demandeur a payé *animo donandi*, il n'eût pas nié la réception de la chose qu'on lui réclame, puisqu'il aurait pu la conserver en qualité de donataire: en niant le paiement, il a, en quelque sorte, nié par là même la donation. Ce serait donc à lui à prouver son existence et, par suite, à démontrer que le demandeur a payé sciemment, sachant bien qu'il ne devait pas.

Mais supposons l'hypothèse inverse. Le défendeur dit: « Oui, vous m'avez fait un paiement; oui, la dette qui a été payée n'existait point; mais vous avez payé en parfaite connaissance de cause, sachant bien que vous ne deviez point. » Dans ce cas, est-ce encore à lui à prouver qu'en effet le demandeur en répétition a payé, sachant bien qu'il n'était pas débiteur? La négative est généralement admise. C'est, dit-on, au demandeur à prouver son erreur, car la loi présume que les actes que les hommes font entre eux sont toujours faits en parfaite connaissance de cause.

Cette solution me semble contestable. Le défendeur doit prendre l'acte avec la qualification qu'il lui a lui-même donnée, d'accord avec l'autre partie; or, l'acte dont il s'agit a été qualifié d'acte à titre onéreux, puisqu'on lui a donné la forme d'un paiement: c'est donc à celle des deux parties qui l'attaque, qui le prétend mensonger, à établir son affirmation.

Art. 1377 à 1381.

Quelles différences y a-t-il entre celui qui a reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi une chose non due?

1680. — *Des effets du paiement de l'indu, et des différences à faire, à cet égard, entre celui qui a reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi.* — 1° Le créancier qui a reçu de mauvaise foi le paiement qui lui a été fait par un tiers qui n'était pas, mais qui se croyait débiteur, est obligé de rendre ce qu'il a reçu, *lors même qu'il a supprimé le titre de sa créance:* la loi n'a pas dû accorder une prime à la fraude (art. 1377, arg. *à contrario*).

Il n'en est pas de même du créancier qui n'a supprimé son titre que parce qu'il s'est cru régulièrement payé: la loi l'affranchit de l'obligation de restituer. La somme ou la chose qu'il conserve reste entre ses mains comme une indemnité *du préjudice* que pourrait lui causer la perte de son titre: il ne faut pas qu'il soit victime de l'erreur dans laquelle il est tombé par suite *de la faute* du tiers imprudent qui a effectué le paiement (1). — Ce dernier, bien

(1) *Quid*, s'il est établi que, bien que le titre de la créance existe encore, l'annulation du paiement qui a été effectué causerait un préjudice au créancier qui l'a reçu? — *Quid*, en sens inverse, si la suppression de son titre ne

entendu, peut recourir contre le véritable débiteur. Mais n'a-t-il, à cet effet, qu'une simple action *de in rem verso* (voy. le n° 1670-2°)? Je crois, quant à moi, qu'il est de plein droit subrogé au lieu et place du créancier qu'il a désintéressé et qu'ainsi il peut, pour agir, invoquer les droits, actions, priviléges et hypothèques, dont le créancier resterait investi si le paiement qu'il a reçu était annulé (1).

1681. — 2° Celui qui a reçu de mauvaise foi un paiement fait indûment est tenu de restituer le capital qui lui a été payé, avec les fruits et intérêts à compter du jour du paiement : un délit ne saurait être la source d'un profit légitime.

Les intérêts courent contre lui, alors même qu'il a laissé inactif le capital qu'il est aujourd'hui obligé de restituer. Quant aux fruits, il est comptable, non-seulement de ceux qu'il a perçus, mais encore de ceux qu'il a négligé de percevoir : il ne faut point que le retard qu'il a mis à restituer la somme ou la chose qu'il a reçue indûment soit préjudiciable à l'autre partie.

Celui qui a reçu de bonne foi ne doit, au contraire, restituer que le capital ; il n'est point comptable des intérêts ou des fruits qu'il a, de bonne foi, retirés de la somme ou de la chose qu'il doit rendre (art. 1378, arg. *à contrario* ; art. 549, arg. d'analogie).

1682. — 3° Celui qui a reçu de mauvaise foi est tenu, non-seulement de sa faute, mais encore *des cas fortuits*. — En est-il tenu absolument? En d'autres termes, répond-il même des cas fortuits qui seraient également arrivés si la chose, au lieu d'être possédée par lui, fût restée en la possession du demandeur? Je ne le pense pas. S'il répond des cas fortuits, c'est qu'il est de plein droit *en demeure;* or, les débiteurs qui sont en demeure ne répondent que des cas fortuits qui sont arrivés parce qu'ils sont restés possesseurs de la chose due (voy. les nos 1137 et 1470). Le voleur, il est vrai, répond absolument des cas fortuits (art. 1302); mais cette disposition est exceptionnelle : on ne peut pas l'étendre d'un cas à un autre. Il est impossible de considérer comme voleur celui qui reçoit sciemment une chose qui ne lui est point due : la réception de cette chose est, de sa part, un acte blâmable, peu moral, mais ce n'est pas un vol.

1683. — Celui qui a reçu de bonne foi une chose qui ne lui était point due ne répond point des cas fortuits.

Il n'est même point responsable de la perte arrivée par sa négligence ou par son fait. S'il en est autrement du possesseur de

lui a causé aucun dommage, ou, ce qui revient au même, si le demandeur en répétition a obtenu, pour le lui remettre, un titre nouveau, aussi sûr et aussi efficace que celui qui a été supprimé? — *Quid*, enfin, s'il est constant ou prouvé que le créancier *ne peut imputer qu'à sa propre imprudence* le paiement sur la foi duquel il a supprimé son titre?

J'ai, dans la *Revue pratique*, t. XV, p. 328 et s., examiné et résolu ces diverses questions.

(1) Voy. mon *Traité des subrogations personnelles*, p. 478.

mauvaise foi, c'est que sa négligence est une faute qui engage sa responsabilité ; mais celui-là n'est pas en faute qui néglige ou détruit la chose qu'il croit sienne : *qui rem alienam, quasi suam neglexit, nullâ actione tenetur* (1).

1684. — Celui qui, ayant reçu de bonne foi, a plus tard découvert son erreur, répond de *ses faits* dès le moment où il a découvert que la chose qu'il détient n'est pas à lui : car, dès cet instant, sa négligence à conserver la chose qu'il doit rendre devient une *faute*. Quant aux *cas fortuits*, il n'en répond qu'à partir du moment où sa mauvaise foi commence ; or, elle ne commence point toujours à compter du moment où il a découvert son erreur, car il se peut qu'il n'ait eu ni le temps ni le moyen d'en donner immédiatement avis à l'autre partie. Les cas fortuits ne sont donc à sa charge qu'à partir du moment où il aurait dû restituer la chose qui lui a été payée, ou au moins donner avis au propriétaire du droit qu'il a de la répéter : ce n'est, en effet, qu'à partir de ce moment que son silence prend le caractère de la mauvaise foi.

1685. — 4° Celui qui, ayant reçu de mauvaise foi la chose qui lui a été indûment payée, l'a vendue, est tenu de restituer le prix qu'il a reçu, lorsqu'il est égal ou supérieur à la valeur de la chose vendue, et, dans le cas contraire, la valeur réelle de cette chose.

Le possesseur qui a vendu de bonne foi la chose qui lui a été payée indûment ne doit, au contraire, restituer que le prix qu'il en a retiré, lors même que ce prix est inférieur à la valeur de la chose vendue.

Celui qui a payé, par erreur, une chose qu'il ne devait pas, peut-il la revendiquer contre les tiers ?

1686. — Ici se place une question. Celui qui a payé par erreur une chose qu'il ne devait point, peut-il la revendiquer contre les tiers ? En d'autres termes, l'action qui lui compète est-elle *réelle* ou simplement *personnelle ?*

Il faut, je crois, décider qu'elle est *réelle*, opposable à tous. C'est une véritable action en *revendication*.

Une personne qui croit qu'une chose ne lui appartient pas en fait la tradition à celui qu'elle considère à tort comme propriétaire ; par exemple, un héritier légitime, qui se croit débiteur, en vertu d'un legs révoqué par un codicille dont il ignore l'existence, livre au prétendu légataire le corps certain qui a fait l'objet du legs : est-ce que cette tradition est translative de propriété ? Celui qui a livré la chose n'a pas entendu transférer la propriété, puisqu'il a cru restituer la chose d'autrui ; celui qui l'a reçue n'a pas prétendu l'acquérir, puisqu'il l'a reçue comme sienne. Or, aliène-t-on à son insu ? acquiert-on la propriété sans le vouloir ? Ce serait une étrange manière d'aliéner et d'acquérir, et à coup sûr le Code ne la consacre point.

(1) Aux termes des art. 1042 et 1245, les débiteurs répondent de leur *fait* ; mais pourquoi ? parce que leur *fait* est précédé d'une *faute* (voy. ce que j'ai dit, à ce sujet, sous le n° 1142-2°).

Changeons l'espèce. Une personne qui se croit, à tort, obligée de transférer la propriété d'une chose, livre cette chose au prétendu créancier : cette tradition n'est pas plus que la précédente translative de propriété. A quel titre le serait-elle ? En quelle qualité celui auquel la chose a été livrée prétendrait-il qu'il en est propriétaire ? Dira-t-il qu'il l'a acquise en vertu d'un paiement ? le paiement est nul ! en vertu d'une donation ? celui qui a fait la tradition n'a pas entendu faire une donation, puisqu'il a cru et voulu faire un *paiement !*

Toute convention sans cause ou *sur fausse cause* est nulle et de nul effet (art. 1131). La cause est toujours le but immédiat qu'on se propose d'atteindre en s'obligeant ou en aliénant. Or, quel est le but immédiat que se propose d'atteindre le débiteur qui paie ? N'est-ce pas l'extinction de l'obligation dont il est tenu ? Donc, lorsque la dette payée n'existe qu'en apparence, le paiement est nul faute de cause : donc il n'a aucun effet (art. 1131) ; donc il n'est point translatif de la propriété.

Ainsi, dans l'un et l'autre cas, la propriété de la chose livrée reste sur la tête de celui qui l'a payée par erreur : il peut, en conséquence, revendiquer sa chose partout où il la trouve. Les tiers qui la possèdent sont tenus de la restituer, à moins qu'ils ne l'aient acquise, soit par l'effet d'une prescription, lorsqu'elle est immobilière, soit par l'effet de la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre, » lorsqu'elle est mobilière et qu'ils la possèdent de bonne foi (art. 2279).

Mais, si elle a été aliénée de bonne foi par celui qui l'avait reçue, le propriétaire qui en évince le tiers-acquéreur ne devra-t-il pas rembourser à l'aliénateur les dommages et intérêts que celui-ci pourra être contraint de payer au tiers-acquéreur évincé ?

1687. — Il faut, toutefois, apporter un tempérament à ce système, pour le cas où la chose a été aliénée *de bonne foi* par celui qui l'avait reçue indûment. Dans cette hypothèse, en effet, l'aliénateur ne doit point souffrir de l'erreur dans laquelle il a été induit par le paiement que lui a si imprudemment fait le demandeur (art. 1380) : en conséquence, celui-ci devra lui rembourser les dommages et intérêts qu'il pourra être contraint de payer lui-même au tiers-acquéreur évincé.

1688. — En résumé, si celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due l'a aliénée *de mauvaise foi*, le propriétaire peut, à son choix, soit répéter le prix ou la valeur de la chose vendue, soit la revendiquer contre le tiers-acquéreur, et dans ce cas l'aliénateur supportera, sans aucun recours, les dommages et intérêts qu'il paiera à l'acquéreur évincé. Si elle a été aliénée *de bonne foi*, le propriétaire peut, à son choix, soit réclamer de l'aliénateur le prix qu'il en a retiré (voy. le n° 1685), soit la revendiquer contre le tiers-acquéreur, mais sous la condition de rembourser à l'aliénateur les dommages et intérêts que l'acquéreur évincé lui réclamera.

Ma théorie est bien simple : Personne ne doit profiter de l'erreur de celui qui a payé indûment ; mais, comme son erreur est une faute, personne n'en doit souffrir (1).

(1) MM. Zach, Aubry et Rau, t. III, p. 534 ; Marc., art. 1378-1380.

Art. 1381.

Les dépenses faites par celui qui a reçu une chose non due doivent-elles lui être remboursées ?

1689. — 5° Le propriétaire qui recouvre la chose qu'il avait payée indûment doit rembourser au possesseur de bonne ou de mauvaise foi toutes les dépenses *nécessaires*.

Quant aux dépenses *utiles*, la distinction que fait l'art. 555 entre le possesseur de bonne et le possesseur de mauvaise foi reçoit ici son application.

Enfin, en ce qui touche les dépenses *voluptuaires*, émanent-elles d'un possesseur de mauvaise foi : le propriétaire ne lui doit aucune indemnité, puisqu'il n'en a retiré aucun profit ; il doit seulement souffrir que le possesseur qui les a faites enlève tout ce qui peut être détaché de la chose sans la détériorer. Émanent-elles d'un possesseur de bonne foi : le propriétaire est tenu de les rembourser, afin que le possesseur ne soit pas victime de l'erreur dans laquelle il a été induit par la faute du propriétaire.

CHAPITRE II. — DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

Art. 1382, 1383 et 1384.

Quel effet produit une faute dommageable ?

Qu'est-ce que la *faute* ?

Tout fait qui cause du dommage à autrui constitue-t-il une *faute* ?

1690. — I. *Définition des délits et des quasi-délits. Leurs caractères.* — *Quiconque*, par sa *faute*, cause un dommage à autrui, est obligé de le réparer.

La *faute* est tout ce qui blesse injustement le droit d'autrui : elle peut donc consister dans une *action* ou dans une *omission d'action*.

Il ne faut pas croire toutefois que tout fait qui porte préjudice à autrui soit une *faute*. La *faute* suppose, en effet, que le fait commis était défendu, ou que le fait omis était ordonné par la loi. Ainsi, *l'exercice régulier d'un droit* n'est pas une *faute*. Concluons-en que celui qui, exerçant un droit qui lui appartient, cause du dommage à autrui, n'est pas tenu de le réparer. Je ne suis pas obligé, par exemple, de réparer le dommage que je vous fais en construisant sur mon jardin, et à la distance prescrite par la loi, des bâtiments qui, vous faisant perdre une vue magnifique, déprécient la valeur de votre maison.

Est-il exact de dire que quiconque, par son *fait*, cause du dommage à autrui, est obligé de le réparer ?

Ce mot *quiconque*, dont se sert la loi, n'est-il pas lui-même inexact ?

Cette observation nous fait voir combien est fautive cette formule dont on se sert si fréquemment au Palais : « Quiconque, *par son* FAIT, cause du dommage à autrui, est obligé de le réparer.... » Il faut dire : « Quiconque, *par sa* FAUTE... »

Le mot *quiconque* est même trop général : car il y a des personnes (les insensés et les enfants en bas âge) qui ne sont capables ni de dol ni d'imprudence, et qui, par conséquent, ne sont point responsables du dommage qu'elles causent. La faute suppose, en effet, la liberté et le moyen de l'éviter ; or, les insensés et les enfants en bas âge n'ont ni cette liberté ni ce moyen. Ainsi, lorsqu'un dommage est causé par un interdit ou par un mineur, les juges doivent examiner si, au moment où le dommage a été causé, le défendeur était *doli capax*, c'est-à-dire si l'insensé se trouvait, à cetinstant, dans un intervalle lucide, si le mineur était

alors doué d'une raison assez développée pour avoir la conscience de ses actions (art. 1310).

1691. — La *faute* n'oblige point quand elle n'est pas *dommageable*. Ainsi, étant à la chasse, j'ai tiré sur votre cheval avec intention de le tuer; je ne l'ai pas atteint : je ne vous dois aucune réparation, puisque je ne vous ai causé aucun dommage.

Toute *faute* oblige-t-elle ?

La *faute* est un *délit* lorsque l'agent du dommage l'a causé AVEC INTENTION; un *quasi-délit*, dans le cas contraire.

En résumé, il ne peut y avoir délit ou quasi-délit qu'autant que trois conditions concourent. Il faut que le fait dont on se plaint soit : 1° illicite, 2° imputable à son auteur, 3° dommageable.

Les principes qui viennent d'être exposés nous donnent nos définitions :

Le *délit* est l'acte volontaire et illicite par lequel une personne, par action ou omission d'action, cause méchamment du dommage à autrui.

Qu'est-ce qu'un *délit* ?
Un *quasi-délit* ?

Le *quasi-délit* est l'acte volontaire et illicite d'une personne qui, par imprudence ou négligence, cause du dommage à autrui.

1692. — II. *De l'obligation de réparer le dommage causé par le fait des personnes que nous devons surveiller et dont nous répondons.* — 1° « Le père est responsable du dommage causé par ses enfants *mineurs habitant avec lui*. Il en est de même de la mère *après la mort de son mari*. »

Ne sommes-nous responsables que du dommage que nous causons par notre *propre fait* ?
Dans quels cas le père répond-il du dommage causé par ses enfants ?
Quid, si son enfant est marié ou émancipé ?
Répond-il de son enfant *majeur* habitant avec lui ?

« De ses enfants *mineurs*... » Émancipés ou non, mariés ou non mariés, la loi ne distingue point. On a considéré, sans doute, que, tant que les enfants mineurs habitent avec leur père ou leur mère, ceux-ci ont sur eux une autorité morale assez forte, un pouvoir assez grand, pour les surveiller utilement et les empêcher de commettre des délits ou des quasi-délits. Ne sont-ils pas, d'ailleurs, en faute, s'ils ont, en donnant leur consentement à une émancipation prématurée, renoncé imprudemment aux moyens d'autorité dont la loi les avait investis ?

— Les père et mère répondent-ils du dommage causé par leur enfant *majeur* habitant avec eux? Oui, *s'il est démontré qu'ils sont en faute*.

Je m'explique.

Quelle différence y a-t-il à cet égard entre le dommage causé par un enfant *mineur* et le dommage causé par un enfant *majeur* ?

Lorsqu'un dommage est causé par un enfant *mineur*, une présomption légale de faute existe contre son père ou sa mère : la loi suppose qu'ils n'ont pas suffisamment surveillé leur enfant, qu'ils ne l'ont pas élevé dans des principes d'honnêteté; qu'ils ne l'ont point, par de bons exemples, dirigé dans la bonne voie. Elle les rend responsables du dommage qu'il a causé, parce qu'elle considère que leur négligence à bien remplir leur devoir en a été la cause, sinon immédiate, du moins médiate. Toutefois cette présomption n'est pas invincible : les père et mère peuvent la combattre et échapper à la responsabilité qui pèse sur eux, en établissant qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait qui a donné lieu au dommage, c'est-à-dire en prouvant qu'ils ont surveillé très-acti-

vement leur enfant, qu'ils se sont efforcés de lui donner une éducation honnête et morale, qu'ils ont tout tenté pour l'écarter des habitudes vicieuses qu'il a contractées...

Lors, au contraire, qu'un dommage est causé par un enfant *majeur*, aucune présomption légale de faute n'existe contre les père et mère ; mais, si le demandeur parvient à établir que le délit dont il se plaint n'aurait pas eu lieu si leur enfant avait reçu une éducation honnête et morale, s'ils ne l'avaient pas perverti soit par de mauvais exemples, soit en lui laissant contracter des habitudes vicieuses, leur faute étant alors démontrée, leur responsabilité se trouve engagée : ils doivent alors, mais alors seulement, réparer le dommage causé.

Le père répond-il de ses enfants mineurs *qui n'habitent pas avec lui* ?
Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

« Habitant avec eux.... » Ainsi, les père et mère ne répondent point de leurs enfants, même mineurs, qui n'habitent point avec eux. Mais, évidemment, la loi suppose que l'enfant est *régulièrement*, *légitimement* absent de la maison paternelle ; qu'il a été, par exemple, placé chez un instituteur ou appelé à l'armée. Quant au père qui souffre, sans motif légitime, que son enfant mineur ait une habitation séparée de la sienne, qui renonce imprudemment aux moyens de surveillance et à l'autorité que lui avait confiés la loi, je le tiens, sans hésiter, pour responsable des délits ou des quasi-délits que commet l'enfant qu'il a ainsi abandonné à lui-même.

Quand la mère répond-elle de ses enfants ?

« La mère, après la mort de son mari... » La loi statue sur le *plerumque fit* : elle suppose que c'est par suite de la mort du mari que le droit et le devoir de surveiller les enfants passent à la femme, parce que cette hypothèse est la plus fréquente. Mais, évidemment, elle n'entend pas exclure les autres cas où ce résultat se rencontre. Ainsi, lorsque le père est absent, c'est à la mère que la loi confie le soin d'*élever* et de *surveiller* ses enfants mineurs ; or, tout devoir emporte responsabilité. Si une institutrice est responsable des faits de ses élèves, à bien plus forte raison une mère doit-elle répondre des faits de ses enfants confiés à sa garde. — Ce que je dis de la femme dont le mari est *absent*, je le dis également de celle dont le mari est *interdit*.

La femme séparée de corps est elle-même responsable des faits des enfants qui lui sont confiés.

Le tuteur étranger à l'enfant mineur qui habite avec lui en répond-il ?

1693. — Je vais plus loin : le tuteur, quoique étranger à l'enfant, répond de ses faits, *s'il habite avec lui*. C'est à lui, en effet, que sont alors confiées l'éducation et la surveillance de l'enfant ; il en est l'instituteur !

Quid, de la personne à laquelle l'enfant mineur a été confié ?

J'irai même jusqu'à rendre responsable la personne qui, bien que n'étant pas tutrice de l'enfant mineur, a été désignée par le conseil de famille pour le recevoir chez elle, le surveiller et en prendre soin.

Quand les maîtres et commettants sont-ils responsables du dommage causé par

1694. — 2° « Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés *dans les fonctions* auxquelles ils les ont employés. »

« *Dans* les fonctions... » Cette formule me semble inexacte. Les maîtres et commettants ne sont pas, en effet, responsables, dans tous les cas, du dommage que causent leurs domestiques et préposés *pendant* qu'ils exercent leurs fonctions : car il se peut que le dommage qu'ils font ait une cause autre que l'exercice des fonctions qui leur sont confiées. Je m'explique par une espèce. Un cocher lance au galop sa voiture, et, par imprudence, vous casse une jambe : le maître du cocher doit réparer le dommage qu'il a causé : car, dans l'espèce, le dommage vient de l'exercice d'une fonction à laquelle n'était pas suffisamment propre l'homme auquel elle avait été confiée. Le maître avait fait un mauvais choix ; il est en faute, et, par suite, responsable. Mais supposons qu'un cocher, en conduisant sa voiture, rencontre un homme à qui il en veut, et que, d'un coup de fouet, il lui enlève un œil, non pas par imprudence, mais méchamment : le maître sera-t-il encore responsable ? Non, évidemment : car, dans l'espèce, le dommage n'a point pour cause l'exercice inhabile de la fonction qui avait été confiée à l'auteur du délit : le maître n'a commis aucune faute qui puisse engager sa responsabilité.

leurs domestiques et préposés ?
Répondent-ils toujours du dommage que leurs domestiques et préposés ont causé pendant leurs fonctions ?

Je dirai donc : Les maîtres et commettants sont responsables du dommage que causent leurs employés ou préposés en *exerçant* leurs fonctions.

1695.—3° « Les instituteurs et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis, pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. »

Quand les instituteurs et artisans répondent-ils du dommage causé par leurs élèves et apprentis ?

Nous avons vu que la responsabilité des père et mère est fondée sur une présomption légale de faute. Il en est de même de celle dont sont tenus les maîtres et commettants, les instituteurs et artisans. Mais remarquez la différence. A l'égard des pères, mères, instituteurs et artisans, la présomption établie contre eux n'est pas invincible ; la loi autorise la preuve contraire. Ils ne sont, par conséquent, tenus d'aucune responsabilité s'ils prouvent qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait qui a causé le dommage dont on demande la réparation. Il n'en est pas de même à l'égard des *maîtres et commettants*. Quant à eux, la présomption légale de faute est invincible ; la preuve contraire n'est pas admise contre elle (art. 1384, dern. alin., arg. *à contrario*). Cette exception a été admise afin de forcer les maîtres et commettants à ne prendre chez eux que des domestiques ou préposés expérimentés et propres aux fonctions qu'ils leur confient. Autrement, ils n'eussent jamais manqué de soutenir qu'ils ne connaissaient point, au moment où ils les ont choisis, les vices de leurs domestiques ou préposés, ce qui eût fait naître des procès aussi nombreux que difficiles.

Quelle différence y a-t-il entre la responsabilité des pères, mères, instituteurs ou artisans, et celle des maîtres et commettants ?

1696. — Lorsqu'une personne placée sous la surveillance d'une autre cause un dommage, il importe de distinguer si l'auteur du fait dommageable est ou n'est pas en *faute*. S'il est en faute, je veux dire s'il a compris ce qu'il a fait, l'action en réparation peut alors être dirigée, au choix de la personne lésée, contre l'agent du

Celui qui a souffert d'un dommage n'a-t-il action que contre la personne sous la surveillance de laquelle est placé l'auteur du dommage ?
Le surveillant qui a

réparé le dommage a-t-il un recours contre la personne qui l'a causé ?

dommage ou contre la personne qui était chargée de le surveiller, sauf à celle-ci à recourir contre l'auteur du fait dommageable. Si, au contraire, il n'est pas en faute, si c'est, par exemple, un enfant en bas âge ou un insensé, un seul coupable existe alors, la personne sous la surveillance de laquelle cet enfant ou cet insensé se trouvait placé : elle seule, par conséquent, est tenue de réparer le dommage causé. Et après l'avoir réparé, elle n'a aucun recours à exercer contre l'auteur du fait : car celui-ci, n'étant pas en faute, n'est et ne peut être tenu d'aucune obligation (voy. le n° 1690).

Art. 1385 et 1386.

1697. — III. *Du dommage causé par les choses que nous avons sous notre garde.* — 1° Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

Lorsqu'un dommage est causé par un animal ou par une chose inanimée, quelle personne est tenue de le réparer ?

2° Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

La responsabilité établie contre le propriétaire, l'emprunteur, le dépositaire, le locataire... d'un animal, ou contre le propriétaire d'un bâtiment, est fondée sur une présomption légale de faute ; mais cette présomption n'est pas invincible, car la loi ne défend ni directement ni indirectement de la combattre par la preuve contraire (art. 1385 et 1386, comb. avec l'art. 1352). Mes chevaux se sont enfuis dans la campagne, où ils ont fait des dégâts ; mais j'établis qu'ils se sont enfuis parce qu'un voleur, qui s'en était emparé la nuit, n'a pas pu ou n'a pas su les retenir : je ne suis point responsable, parce qu'en réalité il m'a été impossible d'empêcher le dommage dont on demande contre moi la réparation.

Quelles règles faut-il suivre pour déterminer le *quantum* des dommages et intérêts en matière de délits ou quasi-délits ?

1698. — IV. *Du* quantum *des dommages et intérêts en matière de délits ou de quasi-délits.* — Aux termes de l'art. 1150, le débiteur qui n'exécute pas l'obligation personnelle dont il est tenu est traité plus ou moins sévèrement, suivant qu'il y a eu de sa part *dol* ou *faute* seulement. Au premier cas, il doit les dommages-intérêts prévus ou imprévus ; au second, il ne doit que ceux qui ont pu être facilement prévus au moment du contrat.

Cette distinction n'est point possible en notre matière. Si le débiteur qui, par sa *faute*, a manqué d'exécuter son obligation, n'est responsable que des dommages qui ont pu être facilement prévus au moment du contrat, c'est que la loi suppose que les parties, dans la prévoyance de l'inexécution de l'obligation, ont tacitement réglé les dommages et intérêts dont le débiteur sera responsable, ce qui exclut naturellement ceux qu'elles n'ont pas pu prévoir, car on ne peut pas supposer qu'ils sont entrés dans le règlement qu'elles ont arrêté (voy. le n° 1147) ; or, cette convention tacite ne se conçoit plus en matière de quasi-délit.

Celui qui commet un quasi-délit, de même que l'auteur d'un délit, doit donc réparer tout le dommage qu'il a causé : comme

lui, il doit même les dommages qu'il n'a pas pu prévoir au moment de la perpétration du quasi-délit.

Mais j'admets ici le tempérament consacré par l'art. 1151. L'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit ne doit que les dommages qui sont une suite *directe* et *immédiate* du dol ou de la faute dont il s'est rendu coupable. Les motifs qui justifient cette restriction s'appliquent, en effet, en toute matière (voy. le n° 1147).

1699. — V. *Différences entre les délits civils et quasi-délits, d'une part, et les délits criminels, d'autre part* (1). — Le délit *purement civil* est un fait *dommageable*, défendu par la loi civile, mais contre lequel la loi pénale ne prononce aucune peine.

Qu'est-ce qu'un délit *civil* ? Un délit *criminel* ? Un délit peut il être *civil* sans être *criminel*, et réciproquement ?

Le délit *criminel* est le fait que punit la loi pénale ; il n'est pas essentiel qu'il soit *dommageable*.

Les faits dommageables n'étant point toujours punis par la loi criminelle, et les faits qu'elle punit n'étant pas toujours dommageables, il en résulte qu'un délit civil peut n'être pas criminel, et réciproquement.

Ainsi, par exemple, la vente de la chose d'autrui n'est jamais un délit criminel, car la loi pénale ne prononce aucune peine contre ce fait. C'est un délit purement civil, un *stellionat* (art. 2059), lorsque le vendeur a été de mauvaise foi ; un simple quasi-délit, dans le cas contraire (art. 1599).

L'homicide *par imprudence* est un délit *criminel*, puisqu'il entraîne contre son auteur une condamnation à une peine correctionnelle (art. 319, C. pén.) ; ce n'est pas un délit *civil*, puisqu'il n'y a pas eu chez son auteur intention de nuire.

La *tentative* d'un crime, lorsqu'elle réunit les caractères désignés par la loi (art. 2, C. pén.), est assimilée au crime, alors même qu'elle n'est point *dommageable ;* elle n'est un délit civil qu'au cas seulement où elle a causé un dommage. Vous m'avez, sans m'atteindre, tiré un coup de fusil, avec l'intention de me tuer : vous avez commis un délit *criminel*, car le fait dont vous vous êtes rendu coupable est puni par la loi pénale, mais non un délit *civil*, puisqu'il ne m'a causé aucun dommage.

Ainsi, les faits illicites punis par la loi constituent des délits *purement criminels* quand ils ne sont point *dommageables*. — Les faits illicites et dommageables constituent des délits *purement civils* ou des quasi-délits lorsqu'ils ne sont point punis par la loi pénale. — Les faits illicites et dommageables constituent des délits *civils et criminels*, lorsqu'ils sont punis par la loi pénale.

1700. — La distinction que je viens de faire est utile sous un double rapport :

1° L'action civile (l'action en réparation du dommage causé), Quel intérêt y a-t-il

(1) Le *délit* criminel est, dans un sens général, *toute infraction à une loi pénale*. Il comprend alors le *crime*, le *délit proprement dit* (c'est-à-dire l'infraction qui est punie de peines correctionnelles), et enfin la simple *contravention*.

à distinguer le délit *purement* civil du délit qui est *tout à la fois* civil et criminel ?

née d'un délit *criminel* qui est en même temps *civil*, peut être portée, au choix de la partie à laquelle elle appartient, soit devant un tribunal civil, soit devant le tribunal criminel qui est saisi de l'action publique. Lorsque l'action civile et l'action criminelle sont portées devant deux tribunaux différents, le tribunal civil ne peut statuer sur l'action civile qu'après que le tribunal criminel a prononcé sur l'action publique (art. 3, C. instr. crim.). — L'action civile née d'un délit *purement civil* ou d'un quasi-délit n'est jamais de la compétence des tribunaux criminels : les tribunaux civils seuls en connaissent.

2° L'action civile née d'un délit criminel et civil se prescrit par le même laps de temps que se prescrit l'action publique, c'est-à-dire par dix ans, trois ans ou un an, suivant qu'elle est née d'un *crime*, d'un *délit* ou d'une simple *contravention* (art. 637, 638, 640, C. instr. crim.). — L'action civile, née d'un délit purement civil, ou même d'un simple quasi-délit, ne se prescrit que par trente ans.

Pourquoi l'action civile née d'un délit civil et criminel se prescrit-elle par dix ans, trois ans ou un an, tandis que celle qui est née d'un délit purement civil ou d'un quasi délit dure trente ans ?

1701. — Cette différence peut paraître bizarre. Quoi ! dira-t-on, l'auteur d'un crime sera, après dix ans, affranchi de toute poursuite, tandis que l'auteur d'un fait bien moins grave, l'auteur d'un délit purement civil, ou même d'un simple quasi-délit, pourra être recherché pendant trente ans !

Cette bizarrerie n'est cependant qu'apparente. La prescription de l'action publique devait être fort courte, par un motif qu'il est facile de comprendre. On sait qu'avec les années l'impression des crimes diminue, les souvenirs s'effacent, les témoignages se perdent. Si donc l'action pénale n'était exercée que longtemps après la perpétration du crime, on aboutirait presque toujours à un acquittement; or, des acquittements trop nombreux seraient d'un mauvais exemple et, par suite, d'un fâcheux effet. De là cette courte prescription de dix ans appliquée à l'action publique. Quant à l'action civile née du même crime, on a pensé, avec raison, qu'elle ne devait pas survivre à l'action publique. Comment, en effet, permettre de poursuivre et faire condamner civilement celui qui ne peut plus être recherché criminellement, que la loi criminelle tient pour innocent? On eût ainsi abouti à un résultat aussi dangereux que choquant !

Mais, lorsque l'action civile est née d'un délit qui n'est point criminel, ou d'un quasi-délit, il n'existe alors aucune raison particulière de déroger au droit commun sur la prescription.

FIN DU TOME SECOND.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT..... V

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIÈRT LA PROPRIÉTÉ.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES..... 1

TITRE PREMIER

DES SUCCESSIONS..... 9
CHAPITRE PREMIER. — De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers..... 10
CHAPITRE II. — Des qualités requises pour succéder..... 20
CHAPITRE III. — Des divers ordres de succession..... 35
Section I. — Dispositions générales..... 35
Section II. — De la représentation..... 41
Section III. — Des successions déférées aux descendants..... 47
Sections IV *et* V. — Des successions déférées aux ascendants et aux collatéraux..... 49
APPENDICE. — SUCCESSION DES ASCENDANTS AUX CHOSES PAR EUX DONNÉES..... 52
CHAPITRE IV. — Des successions irrégulières..... 69
Section I. — Des parents naturels succédant à leurs parents naturels.. 69
Section II. — Des droits du conjoint survivant et de l'État..... 93
CHAPITRE V. — De l'acceptation et de la répudiation des successions.. 100
Section I. — De l'acceptation..... 100
Section II. — De la renonciation aux successions..... 120
Section III. — Du bénéfice d'inventaire, de ses effets et des obligations de l'héritier bénéficiaire..... 133
Section IV. — Des successions vacantes..... 152
CHAPITRE VI. — Du partage et des rapports..... 154
Section I. — De l'action en partage et de sa forme..... 154
Section II. — Des rapports..... 176
Section III. — Du paiement des dettes..... 210
Section IV. — Des effets du partage..... 236
Section V. — De la rescision en matière de partage..... 246

TITRE II.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales..... 255
CHAPITRE II. — De la capacité de disposer ou de recevoir par donation ou par testament..... 265
CHAPITRE III. — De la portion de biens disponible et de la réduction. 290
Section I. — De la portion de biens disponible..... 290
Section II. — De la réduction des legs et donations..... 311
CHAPITRE IV. — Des donations entre-vifs..... 331
Section I. — De la forme des donations..... 331
Section II. — Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs..... 365
CHAPITRE V. — Des dispositions testamentaires..... 392
Section I. — Des règles générales sur la forme des testaments..... 392
Section II. — Des règles particulières sur la forme de certains testaments..... 409
Sections III, IV, V et VI. — Des legs..... 415
Section VII. — Des exécuteurs testamentaires..... 443
Section VIII. — De la révocation des testaments et de leur caducité... 450
CHAPITRE VI. — Des dispositions permises en faveur soit des petits-enfants du disposant, soit des enfants de ses frères et sœurs, ou, plus généralement, des substitutions..... 467
CHAPITRE VII. — Des partages faits par père, mère ou autres ascendants..... 498
CHAPITRE VIII. — Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage..... 503
CHAPITRE IX. — Dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage..... 515

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales..... 532
CHAPITRE II. — Des conditions essentielles pour la validité des conventions..... 542
Section I. — Du consentement..... 542
Section II. — De la capacité des parties contractantes..... 564
Section III. — De l'objet et de la matière des contrats..... 567
Section IV. — De la cause..... 571
CHAPITRE III. — De l'effet des obligations..... 578
Section I. — Dispositions générales..... 579
Section II. — De l'obligation de donner..... 581
Section III. — De l'obligation de faire ou de ne pas faire..... 596
Section IV. — Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations..... 599
Section V. — De l'interprétation des conventions..... 611
Section VI. — De l'effet des conventions à l'égard des tiers..... 613
CHAPITRE IV. — Des diverses espèces d'obligations..... 622
Section I. — Des obligations conditionnelles..... 622
Section II. — Des obligations à terme..... 638
Section III. — Des obligations alternatives..... 642
Section IV. — De la solidarité..... 651
Section V. — Des obligations divisibles et indivisibles..... 668
Section VI. — Des obligations avec clause pénale..... 679
CHAPITRE V. — De l'extinction des obligations..... 682
Section I. — Du paiement..... 683

Section II. — De la novation..... 734
Section III. — De la remise de la dette..... 744
Section IV. — De la compensation..... 752
Section V. — De la confusion..... 770
Section VI. — De la perte de la chose due..... 772
Section VII. — De l'action en nullité ou en rescision..... 777
CHAPITRE VI. — De la preuve des obligations et de celle du paiement. 797
Section I. — De la preuve littérale..... 800
Section II. — De la preuve testimoniale..... 839
Section III. — Des présomptions..... 849
Section IV. — De l'aveu de la partie..... 860
Section V. — Du serment..... 863

TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

CHAPITRE PREMIER. — Des quasi-contrats..... 871
CHAPITRE II. — Des délits et des quasi-délits..... 886

BIBLIOTHÈQUE
GRENOBLE
UNIVERSITAIRE

FIN DE LA TABLE.

Paris. — Imprimé par CHARLES NOBLET, rue Soufflot, 18.