THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR ✲, doyen, *professeur de Droit commercial.*
MOLINIER ✲, *professeur de Droit criminel.*
BRESSOLLES ✲, *professeur de Code Civil.*
MASSOL ✲, *professeur de Droit romain.*
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*
HUC, *professeur de Code Civil.*
HUMBERT, *professeur de Droit romain, en congé,*
POUBELLE, *professeur de Code Civil.*
ROZY, *professeur de Droit administratif.*
BONFILS, *professeur de Procédure civile.*
ARNAULT, *professeur d'Économie politique.*
DELOUME, agrégé, *chargé du cours de droit des gens.*
LAURENS, agrégé, *chargé d'un cours de Droit romain.*
PAGET, agrégé, *chargé d'un cours de Droit romain.*
CAMPISTRON, agrégé.
M. MOUSSU, Secrétaire Agent-comptable.

Président de la thèse : M. BRESSOLLES.

Suffragants : MM. DUFOUR.
MASSOL.
ROZY
DELOUME.
PAGET.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

20879

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÉORIE

DE

LA SIMULATION

DANS LES ACTES JURIDIQUES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

PAR M. ALBERT PASSAMA

Avocat,

Lauréat des concours de la Faculté
et du concours général des Facultés de France (Licence 1874).

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC,

RUE SAINT-ROME, 44.

1877

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

LA SIMULATION

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

DANS LES ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR M. ALBERT TASSAN

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

INTRODUCTION

Dans les actes où le consentement de l'homme est requis pour la création, la transmission ou l'extinction d'un droit, il ne suffit pas que ce consentement existe d'une manière latente ; il faut qu'il soit manifesté par une déclaration.

Cette manifestation de la volonté, si elle est régulière dans la forme (1), est considérée par la loi comme exacte et sincère. L'on offrirait vainement, en règle ordinaire, de démontrer qu'elle n'était pas conforme au sentiment intime du déclarant ; le juge n'en peut recevoir la preuve que dans des cas limitativement déterminés par la loi ; c'est la *théorie des vices* (2) *du consentement*.

Les parties ne s'en tiennent presque jamais à une simple manifestation transitoire ; elles établissent des signes, des *preuves* attestant que cette déclaration s'est produite ; elles consignent dans des actes l'événement juridique qui vient d'avoir lieu.

(1) La loi indique quelquefois d'une manière impérative une *forme* en dehors de laquelle la déclaration de volonté est censée non-avenue ; il en est ainsi dans les contrats solennels. — Généralement, cette déclaration peut être faite dans une forme quelconque, et le juge peut même l'induire du simple silence.

(2) Le mot *vice* est pris ici dans un sens assez large pour comprendre même l'*inexistence* ; par exemple, en cas d'erreur sur la substance de la chose.

Ces signes extérieurs concordent ordinairement avec les déclarations qu'ils doivent prouver. Si l'on a vendu, l'on constate que l'on a vendu ; si l'on a prêté, on écrit que l'on a prêté. Mais, dans des circonstances exceptionnelles, les parties ont intérêt à consigner dans l'*instrumentum* autre chose que les déclarations et les faits véritables. Déterminer le caractère et les effets juridiques de ce mensonge, c'est établir la *théorie de la simulation.*

Il résulte de ce simple aperçu que la simulation ne doit être confondue ni avec la *fiction* ni avec le *dol.* La fiction est un fait supposé tenu pour vrai par la loi ou la jurisprudence afin de corriger l'iniquité du droit pur. Tel est, par exemple, le *jus postliminii.* La simulation procède du seul fait des parties et a trop souvent pour but de substituer leurs désirs injustes à l'équité de la loi.

Le dol de son côté est un vice du consentement ; il suppose que l'une des parties trompe l'autre, capte sa volonté, surprend son adhésion ; la simulation, au contraire, ne vicie pas le consentement des parties ; elle ne se réfère qu'à l'*instrumentum* dans lequel, d'accord entre elles et de leur plein gré, elles consignent des dires mensongers, une narration fausse.

La simulation se présente à nous sous deux formes principales :

1° Tantôt les parties expriment qu'elles veulent faire tel acte tandis qu'en réalité elles veulent en faire un autre ou peut-être même n'en faire aucun (1).

Ex. : Primus vous vend sa maison pour un prix de..... ; mais il reste convenu entre vous qu'il n'exigera pas le prix, ou même que cette vente n'est pas sérieuse et qu'il restera propriétaire de la chose.

(1) L'Ecole dit alors : *Aliud agitur, aliud simulatur* ; ou *nihil agitur, aliquid simulatur. Contractus colorem habet substantiam vero alteram vel nullam.*

2° Tantôt les parties veulent faire bénéficier de l'acte une personne autre que celle désignée dans l'*instrumentum*.

Ex. : Primus vous donne une somme, mais vous convenez secrètement que vous la restituerez à Secundus.

On voit déjà que la simulation sera presque toujours frauduleuse ; qu'elle aura pour but d'échapper à une loi prohibitive, d'avantager *ultra modum* des personnes incapables ou indignes, de soustraire ses biens aux poursuites des créanciers ; parfois, cependant, elle pourra ne point présenter ce caractère et, par exemple, une personne déclare devoir, à titre d'emprunt, une somme qu'elle doit, en réalité, à cause d'une soustraction qu'elle a commise.

Ce mensonge n'a rien de frauduleux.

Nous allons essayer d'établir soit en Droit romain, soit en Droit français, la théorie de la simulation frauduleuse et non frauduleuse.

DROIT ROMAIN

Les jurisconsultes romains ne se sont pas spécialement occupés de la simulation, et Justinien, dans son Code, paraît même l'avoir confondue avec d'autres fraudes. C'est ainsi qu'après avoir relaté au Livre IV, Titre 22 (*Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*), plusieurs hypothèses de contrats simulés prévoyant le cas, l'Empereur rapelle une constitution de Dioclétien où le mandataire, abusant de la bonne foi du mandant, lui fait signer un acte de vente pour un acte de location. Le texte nous avertit que, dans cette espèce, il n'y a pas de vente parce qu'il n'y a pas de consentement. Au fond, la décision est bonne, mais c'est un cas de dol ou de faux que l'on a eu tort de rappeler dans un titre spécialement consacré à la simulation. Quant au Digeste, il est sur ce point d'un laconisme désespérant. Cherchons néanmoins à dégager quelques règles générales des éléments incomplets que nous possédons.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SIMULATION NON-FRAUDULEUSE.

Il est d'abord certain que la simulation non-frauduleuse n'est point par elle-même une cause de nullité de l'obligation, ou, d'une manière plus générale, de l'acte juridique qui en est empreint. Ce principe résulte de la rubrique même du titre que nous citions tout à l'heure (Code IV, 22), *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*. Et cette sentence paraît résoudre en même temps la seconde question, c'est-à-dire celle de savoir ce qui doit l'emporter de l'apparence ou de la réalité. D'après cet énoncé, c'est la réalité qui l'emporte. Justinien aurait pu d'ailleurs renvoyer à une règle de Modestin ainsi conçue : « *Contractus* » *imaginarii, etiam in emptionibus, juris vinculum non* » *obtinent, cum fides facti simulatur non intercedente* » *veritate* (1). »

Cette proposition nous paraît, en effet, incontestable dans les contrats qui, comme la vente, se forment *solo consensu*. Mais en est-il de même dans les autres contrats? En est-il de même surtout dans ces actes solennels organisés par les lois primitives pour la transmission des droits réels?

(1) L. 54. D. *de Obl. et Act.*

Mancipation. — Et par exemple, Primus vous mancipe fictivement l'esclave Stichus; vous accomplissez les rites solennels, mais il est convenu entre vous que Primus restera propriétaire. Quelle sera la portée de cette convention ?

Nous pensons, quant à nous, que la nature et le caractère de la mancipation exigent impérieusement que l'effet attaché à son accomplissement se produise malgré la volonté contraire des mancipants. — En effet, quelque soit le système que l'on adopte au sujet de la division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*, il est certain que les solennités de la mancipation ont eu pour but d'avertir les tiers et l'Etat qu'un transfert de propriété avait lieu, qu'un changement s'opérait dans la fortune de deux citoyens. Le législateur croyait la société tellement intéressée à cette connaissance, qu'il n'a pas voulu que l'effet de la mancipation put être clandestinement résolu dans la suite par la réalisation d'une condition, ou modifié par l'échéance d'un terme (1).

Comment admettre, dès lors, qu'il fût permis aux parties de prononcer impunément les paroles sacramentelles et de faire prévaloir une intention problématique sur des rites dont la portée était si grande au point de vue social? « Une civilisation avancée, dit » Ortolan (2) s'attache immédiatement et principale» ment à ce qui est l'esprit, à la volonté, à l'inten-

(1) L. 77. D. *de Reg. jur.*

(2) Cours de Dr. rom. Généralisations ; p. 621 de la 8e édit.

» tion... Mais il n'en est pas de même dans les civili-
» sations à leur origine. Dans les actes juridiques, ce
» qui paraît prédominant sur toute chose, ce n'est
» donc pas l'esprit, l'intention, c'est la forme, car
» la forme c'est l'apparence visible, sensible, c'est
» l'élément matériel, le vêtement terrestre donné à la
» pensée. »

Cette induction philosophique peut s'appuyer sur un texte, sur une disposition précise de la loi des Douze-Tables : « *Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua*
» *nuncupasset ita jus esto*... (1).

Il faut donc convenir que le *dominium ex jure Quiritium* devait passer sur la tête de l'*emptor* (2) quelle que fut d'ailleurs la convention secrète des parties. Cette solution rigoureuse, il est vrai, mais que les mancipants pouvaient et devaient prévoir, fut bientôt corrigée par le développement du droit prétorien. A l'époque du système formulaire, le propriétaire d'une chose mobilière, dépossédé par une mancipation fictive, peut, s'il est diligent, recouvrer sa chose. Au moyen de l'interdit *utrubi*, il en reprendra possession et triomphera ensuite par l'*exception de dol* contre la revendication de l'*emptor*. Il y avait plus de difficulté s'il s'agissait d'une chose immobilière, par exemple d'un fonds italique ; car, à la différence de l'interdit *utrubi*,

(1) Table VI^e^, § 1 dans le *Manuale* de Pellat.

(2) Dans la mancipation, l'acquéreur ou, si l'on veut, le nouveau propriétaire, prononce toujours les mêmes paroles : « *Eaque mihi empta sit hoc ære æneâque libra.* » On peut donc, ce nous semble, le désigner d'une manière générale sous le nom de *emptor*, sans vouloir d'ailleurs restreindre la mancipation au cas de vente.

l'interdit *uti possidetis* maintient en possession celui qui possède actuellement et non celui qui a possédé pendant la plus grande partie de l'année. Donc, si le véritable propriétaire est encore en possession, il peut triompher contre le revendiquant par l'*exception de dol.* Mais s'il a perdu cette possession, il ne peut être question pour lui ni d'interdit, ni d'aucune action réelle. Il agira par la voie personnelle par l'action *de dol,* dont le résultat dépend de la solvabilité et de l'honorabilité du *reus.*

Cessio injure. — Voilà pour la mancipation. Passons à l'*in jure cessio* et voyons si l'*addictio* du préteur l'emporte sur les réserves faites secrètement par les parties, concernant la propriété de la chose. Ici encore l'affirmative nous paraît certaine, et nous pouvons, ce nous semble, appuyer notre opinion sur l'autorité du savant romaniste Pellat. Dans son *Exposé des principes généraux du Droit romain sur la Propriété et ses principaux démembrements, particulièrement sur l'Usufruit* (1), et dans son commentaire des *textes du Droit romain sur la dot,* il part de cette idée : « Que l'effet d'un acte » solennel tel que l'*in jure cessio* étant déterminé » moins par la volonté des personnes qui y prennent » part, que par les principes rigoureux de l'ancien » Droit civil, il fallait reconnaître et conserver à cet » acte tout l'effet qui pouvait dans les circonstances » données, résulter des formules employées, bien qu'il » ne répondit que partiellement, ou ne répondit pas

(1) Page 88.

» même du tout à l'intention des parties ; que c'était » en un mot, le cas de dire : la forme emporte le » fonds. »

Et l'on peut, en effet, citer à l'appui de cette théorie, que nous adoptons, trois cas incontestables (1), dans lesquels l'*in jure cessio* imprudemment employée par les parties peut produire des résultats *opposés* à leur intention.

Ainsi : 1° Lorsque le *tutor cessitius* cède *in jure* sa tutelle à une autre personne, celle-ci n'acquiert pas la tutelle, mais le *tutor cessitius* ne la conserve pas, et elle retourne au tuteur légitime (2).

2° Lorsque l'héritier après avoir fait adition cède

(1) Nous ne parlons pas du cas où l'usufruitier cède l'usufruit à un autre que le véritable propriétaire. Dans ce cas, il est vrai, l'usufruit n'est pas transféré, mais il n'est pas perdu pour l'usufruitier. Au contraire, dans les autres hypothèses que nous citons, non seulement le titulaire du droit n'atteint pas le but qu'il se proposait, mais encore il est complètement dépouillé de l'avantage qu'il voulait transmettre ou modifier. Nous en tirons plus loin des conséquences favorables à notre thèse.

Quant à l'hypothèse particulière de l'usufruit, nous rappelons qu'un texte de Pomponius (L. 66, D. *de Jure dotium*), suscite une controverse. Ce texte est ainsi conçu : « *Diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur id est ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* » Ce texte est-il en opposition avec celui de Gaïus (II, § 30) ainsi conçu : « *Usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit ut a rediscedat et convertatur in proprietatem ; alii vero in jure cedendo, nihilominus jus suum retinet, creditur enim in cessione nihil agi...*

Nous ne pensons pas qu'il y ait antinomie. Pomponius peut vouloir dire seulement que l'usufruit reviendra dans les mains du nu-propriétaire lorsqu'il sortira de celles de l'usufruitier, et ce résultat se produira, non pas aujourd'hui, puisque l'*in jure cessio* est nulle, mais plus tard (*reversurum*), lorsque l'usufruit prendra fin.

(2) Ulp. Reg., XI. 7.

l'hérédité *in jure* à une autre personne, celle-ci n'acquiert pas l'hérédité, mais seulement les corps certains, et quant aux droits de créance, ils s'éteignent purement et simplement (1).

3° Quand l'un des copropriétaires d'un esclave l'affranchit *vindicta* (c'est-à-dire par la *cessio in jure*, dont l'affranchissement *vindicta* n'est qu'une application), celui qui l'affranchit perd sa part de propriété et l'esclave appartient entièrement aux autres copropriétaires.

M. Huc, dans un ouvrage sur le *Formalisme romain* (2), cite l'opinion de M. Pellat et le triple argument qui lui sert de base ; puis, examinant un à un ces trois cas, il s'efforce de démontrer que les solutions données par les jurisconsultes romains sont éminemment rationnelles et qu'elles découlent non du formalisme ou du matérialisme, mais de la pure logique.

Ainsi, dit-il, pourquoi le *tutor cessitius* perd-il la tutelle sans néanmoins la transmettre à personne ? — Parce qu'il n'est qu'un mandataire n'ayant pas reçu le pouvoir de se substituer un tiers. Et s'il perd lui-même le droit qu'il veut transmettre, c'est qu'ayant clairement manifesté par la *cessio in jure* qu'il voulait se débarrasser du mandat qu'il avait d'abord accepté, il eut été absurde dans ce cas de le lui maintenir. — Donc, il fallait nécessairement que l'exercice de ce droit revint au mandant primitif, au tuteur légitime.

(1) Gaïus, II. 20. — III. 85, — Ulp. XIX, 14.
(2) Ch. I, § 5.

Quant à l'héritier, s'il ne peut céder *in jure l'hereditas adita*, c'est que l'hérédité n'existe plus comme telle une fois qu'elle a été acceptée. Il ne peut être question que de céder des droits particuliers et non un *universum jus*. Or, les *corpora* seuls, à l'exclusion des droits de créance, peuvent être cédés *in jure* parce que seuls ils peuvent être revendiqués ; — et s'ils s'éteignent sur la tête de l'héritier, c'est qu'en voulant les céder il a manifesté l'intention de s'en démettre.

Enfin, il en est de même dans les cas de l'esclave. Cet homme affranchi ne peut pas être à la fois libre et esclave. Le déclarer tout-à-fait libre par suite du fait d'un seul, ce serait porter une injuste atteinte aux droits des autres. Donc, il doit rester esclave. Maintenant, l'un de ses maîtres ayant manifesté l'intention formelle d'abdiquer ses droits, il est naturel qu'il ne dépende plus que de ses autres copropriétaires.

Certes, tous ces arguments sont savamment déduits et, en donnant ces solutions, les prudents avaient raisonnablement interprété les volontés ordinaires des parties. Mais enfin, il faut bien le dire, le formalisme commence du moment où la volonté des parties étant manifestement contraire, le résultat reste néanmoins le même ; du moment, par exemple, où l'héritier perd les créances héréditaires alors qu'il n'eût certainement pas voulu les céder *in jure* s'il avait pensé que le cessionnaire n'en serait pas investi. Or, il est certain que les solutions données par Gaïus et Ulpien n'admettent aucune distinction ; que l'héritier le prévoie ou ne le prévoie pas, le résultat reste le même, et nous

reconnaissons qu'il doit en être ainsi, car, encore une fois, l'effet d'un *rite* solennel ne peut pas être subordonné à l'intention problématique des parties.

Donc, la *cessio in jure* produit fatalement son effet, — effet conforme aux paroles que prononce le préteur, — effet contraire parfois à l'intention des parties imprudentes. D'où nous pouvons conclure hardiment que la simulation ne pouvait empêcher le transport de la propriété. Ici, comme dans la mancipation, la forme emporte le fonds, et le *dominium ex jure Quiritium* passe sur la tête de l'acquéreur fictif.

Notre opinion permet d'expliquer très-facilement un texte de Julien qui forme la loi 4, § 1, au Digeste (*de manumissis vindicta*). Ce texte est ainsi conçu : *Quotiens dominus servum manumittat quamvis existimet alienum esse eum, nihilominus verum est voluntate domini servum manumissum, et ideo liber erit. — Et ex contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse nihilominus libertatem contingere. Plus enim in re et quam in existimatione et utroque casu verum est, Stichum voluntate domini manumissum esse. Idemque juris est, et si dominus et servus in eo errore essent ut neque ille se dominum nec hic se servum ejus putaret.* »

Julien explique les solutions qu'il donne à l'aide de la maxime : *Plus in re est quam in existimatione.* C'est résoudre la question par la question. D'autres invoqueront la faveur de la liberté, raison trop vague pour satisfaire pleinement l'esprit ; pour nous, nous pensons que la liberté résulte fatalement de l'*addictio*

prononcée par le préteur en faveur de l'*assertor libertatis*. Les paroles solennelles produisant leur effet indépendamment de l'adhésion des parties.

Adjudication. — Il ne peut être question de la simulation en matière d'*usucapion* ou d'acquisition *lege*; mais quant à l'*adjudication*, nous sommes convaincu qu'elle transférait la propriété, quelque contraire que fut la volonté secrète des plaideurs. Ici la solution est moins contestable encore que dans les cas précédents; par sa nature, l'*adjudicatio* intervient souvent dans des espèces où les prétentions des contendants sont contraires, de sorte qu'au lieu de tirer sa force de la volonté des parties, c'est parfois contre la volonté de l'une d'elles, quelquefois même contre la volonté des deux, qu'elle est destinée à produire son effet.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la simulation dans la nature du contrat, mais on pressent déjà les solutions qu'il faut donner dans le cas d'interposition de personnes. C'est en vain que dans la *mancipation* ou la *cessio in jure* les parties voudraient secrètement investir un tiers qui n'y serait pas acteur; il est manifeste que la propriété ne peut passer que sur la tête de l'acquéreur apparent. Il n'était pas admis que l'on pût être représenté par un mandataire dans ces actes solennels; il fallait agir par soi-même (1), et Cicéron

(1) On pouvait, dans la mancipation, se faire remplacer par son fils ou par son esclave, qui revêtaient alors la personnalité du père de famille. Dans ce cas, les formules étaient changées (Gaïus, III. 167). Au contraire, le fils et l'esclave ne peuvent représenter le père dans une *in jure cessio*, parce que l'*in jure cessio* est un procès fictif et que le fils de famille et les esclaves ne peuvent pas ester en justice.

en témoigne dans une lettre à Atticus (XIII. 50). Le grand orateur était copropriétaire avec Vestorius d'un fonds italique. Vestorius trouve à le vendre, mais Cicéron ne peut se rendre sur les lieux pour manciper sa part au nouvel acquéreur. Vestorius alors envoie un de ses esclaves à Cicéron, et celui-ci mancipe sa part indivise à l'esclave. Vestorius devenu ainsi propriétaire de la totalité de l'immeuble, peut le manciper tout entier à l'acquéreur.

L'opération eut été bien simplifiée si Cicéron avait pu donner à Vestorius le mandat de le représenter dans une mancipation.

Il en était de même dans la *cessio in jure*.

Et quant aux procès à la suite desquels intervenait une *adjudicatio*, s'il fut possible depuis le système formulaire d'y agir par procureur, encore fallait-il que le mandat fut ostensible et connu du juge puisque si l'*intentio* portait le nom du mandataire, la *condemnatio* (1) portait celle du mandant. Or, il devait en être de l'*adjudicatio* comme de la *condemnatio* ; il y avait ici analogie de raison.

Tradition. — Passons maintenant à la *tradition*, mode d'acquérir du droit des gens. Ici c'est la volonté des parties qui domine. « *In traditionibus rerum*, dit Gaïus, » *quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum* » *est* » (2). Ce fragment est extrait d'un commentaire de Gaïus sur la loi des Douze Tables. Il est regrettable

(1) Gaïus, IV. 86. 87.

(2) L. 48. D. *de Pactis*.

que les commissaires de Justinien ne nous aient pas transmis l'opinion de Gaïus sur les pactes joints à la *mancipation*, à la *cessio in jure*, etc. (1).

Donc, quoique je feigne de vouloir vous transférer la propriété, si, en réalité, nous nous sommes accordés pour me transmettre seulement la possession, vous ne serez que possesseur et nullement propriétaire.

De même, quoique je feigne de vous transmettre personnellement la propriété d'une chose, si nous sommes d'accord pour investir un tiers, c'est ce tiers qui deviendra propriétaire par suite de la tradition que je vous aurai faite.

Cela suppose évidemment que le tiers vous a donné mandat de recevoir la possession en son nom ; car s'il ignore absolument votre prise de possession, il ne peut pas posséder n'ayant pas et ne pouvant pas avoir l'*animus possidendi* (2).

Il nous reste à examiner quel pouvait être l'effet de la simulation dans les contrats.

(1) M. Demangeat (tome II, page 348) pense que la solution donnée par Gaïus pour la tradition devait s'appliquer à la *mancipatio* et à la *cessio in jure*, et il induit du § 50 des *Vaticana Fragmenta* que la loi des Douze Tables validait les pactes joints à ces actes solennels. Lors même que l'on adopterait cette opinion, d'ailleurs discutable, elle serait sans influence sur la théorie de la simulation que nous venons d'exposer. En effet, dans le § 50 il ne s'agit que de pactes *exprimés*. Les jurisconsultes se demandent s'il est permis ou non d'ajouter des pactes, des conditions, des termes ; si l'on adopte l'affirmative, le pacte doit sortir son effet puisque les paroles prononcées font la loi des parties. Toute autre est la question de savoir si un pacte *secret* peut modifier l'effet des paroles sacramentelles.

(2) Inst. Just. *Per quas persona nobis adquirit.* L. 20. — D. *de Adq. vel amitt. possess.*

Mais auparavant réfutons une objection que l'on pourrait nous faire, et que l'on tirerait d'un texte de Javolenus, formant la loi 55 au Digeste, *de Obligationibus et Actionibus*. Ce texte est ainsi conçu : « *In omnibus rebus* » *quæ dominium transferunt concurrat oportet effectus* » *ex utraque parte contrahentium ; nam sive ea ven-* » *ditio, sive donatio, sive conductio, sive quælibet alia* » *causa contrahendi fuit nisi animus utriusque consen-* » *tit perduci ad effectum id quod inchoatur non po-* » *test.* »

Sur ce texte on appuiera l'objection suivante : Vous avez distingué, dira-t-on, entre les modes de transférer la propriété établis par le droit civil et ceux tirés du droit naturel. — Dans la tradition, vous vous êtes attaché à l'intention des parties ; dans les modes de droits civils, aux paroles et aux actes solennels. Or, Javolenus ne distingue pas ; c'est toujours à la volonté qu'il s'attache ; donc votre doctrine est fausse.

Pour résoudre cette objection, il suffit de remarquer que Javolenus s'occupe non pas du *mode* de transfert de propriétés, mais de la *justa causa* qui doit précéder. Cela résulte du contexte et des exemples qu'il donne. Ces *justæ causæ* sont, en effet, des conventions telles que la vente, la donation, l'échange, etc... ; et le jurisconsulte dit simplement que le consentement en est un élément essentiel. Son esprit était donc en ce moment bien loin de l'*in jure cessio* et surtout de la *mancipation*, qui disparaissait peu à peu en pratique ; ces mots : *in omnibus rebus quæ dominium transferunt*, doivent être traduits par ceux-ci : « *dans toutes les*

affaires qui aboutissent à une mutation de propriété. »

La suite de la phrase prouve que ce sens est le seul plausible. Ainsi entendu, le texte de Javolenus, loin de contredire notre théorie, cadre très-bien avec les propositions qu'il nous reste à développer sur la *simulation dans les contrats.*

Contrats. I. — Et d'abord, supposons que les parties feignent de contracter sans avoir en réalité l'intention de le faire. Une obligation quelconque prend-elle naissance? Il faut répondre négativement. Cela est d'abord évident s'il s'agit d'un contrat de bonne foi où la *clausula doli* est toujours sous-entendue (1). Quant aux contrats de droits strict, comme ils dérivaient du *nexum*, il est probable qu'originairement l'accomplissement des formalités légales devait produire son effet à l'encontre des restrictions secrètes des parties. Mais la jurisprudence relative *aux pactes* vint de bonne heure corriger ce résultat. On sait que le pacte ajouté *in continenti* à un contrat de droit strict produit son effet *ipso jure*, s'il a pour but de diminuer l'obligation (2). Or, tel est le cas dans notre espèce ; nous devons donc admettre qu'aucune obligation ne prend naissance.

II. En second lieu, supposons que les parties veuillent voiler un contrat sous l'apparence d'un autre ; le contrat apparent n'a aucune force, nous venons de le voir ; quant au contrat sérieux et réel, il prend ou ne prend pas naissance, selon que les conditions exigées

(1) Les pactes joints à ces contrats en font d'ailleurs partie intégrante soit *ad minuendam*, soit *ad augendam obligationem*.

(2) L. 44. D. *de Reb. credit.*

par la loi pour sa formation ont été remplies. Ainsi, vous contractez *litteris* avec Primus, mais vous convenez que cette forme a pour but de voiler une constitution de dot. Le contrat *litteris* ne naîtra pas; il n'y aura pas non plus de *dictio dotis* puisque les paroles solennelles n'auront pas été prononcées; ce ne sera qu'une simple *promissio*.

Si l'on voilait un dépôt sous l'apparence d'un commodat, on n'aurait pas l'*actio commodati*, mais l'*actio depositi*, à condition que l'on eut fait la remise réelle des objets au dépositaire, et ainsi du reste.

III. Enfin, si la simulation se présente sous la forme d'interposition de personnes: si, par exemple, nous avons voulu faire passer sur la tête d'un tiers le bénéfice d'une stipulation qui vient d'avoir lieu entre nous (1) l'opération est nulle puisque il est défendu par la loi de stipuler pour autrui, sauf l'exception portée dans le § 19 *de Insuf. stipul.* (Inst. l. 3, t. XIX). La circonstance qu'il y aurait eu mandat de la part du tiers ou *negotiorum gestio* à son profit, n'empêcherait pas cette nullité de se produire. Il faut, avant tout, que vous ayez eu l'intention de devenir créancier direct du débiteur, sauf à rendre compte à votre mandant ou au *dominus* du bénéfice que vous aurez pu retirer de cette affaire.

(1) Dans la suite de cette étude nous prendrons dans un autre sens le mot *interposition de personnes*. Nous verrons par exemple une personne vouloir bien acquérir *pour soi* un droit quelconque, mais dans le but secret de le vendre ou de le céder quelque temps après à une autre personne Nous verrons dans quel cas cette opération, d'ailleurs licite en elle-même, devient frauduleuse et, partant défendue par la loi.

CHAPITRE II.

DE LA SIMULATION FRAUDULEUSE. — FRAUDE CONTRE LA LOI.

La simulation nous l'avons déjà dit est ordinairement frauduleuse; elle a pour but d'éluder une prohibition légale ou de porter atteinte aux droits des tiers. Occupons-nous d'abord de la fraude dirigée contre la loi.

Le jurisconsulte Paul a bien défini ce qu'il faut entendre par ces mots « *frauder la loi.* »

Contra legem facit, dit-il, *qui id facit quod lex prohibet : in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit* (1).

Or, si d'après les principes précédemment exposés le juge doit dans les contrats simulés s'attacher à la réalité plutôt qu'à l'apparence, il en résulte que les détours pris pour violer la loi ne préserveront pas la convention de la *nullité*. C'est ce qu'explique avec beaucoup d'abondance la loi 5 *C. de legibus*.

Mais la simulation frauduleuse produit parfois d'autres effets; elle peut notamment exposer les parties contractantes à des peines civiles.

(1) L. 29. D. *de legibus*.

Les espèces que nous allons parcourir vont tour à tour mettre en relief l'un et l'autre de ces principes.

I. *Simulation dans l'existence ou le caractère du contrat.* — Quelque étrange que paraisse l'idée d'un mariage simulé, Gaïus a prévu le cas dans la loi 30, Dig., *De ritu nuptiarum* et la rubrique de ce fragment nous indique qu'il se réfère aux lois *Julia* et *Papia Poppæa*. Frappés par les lois caduciaires les *cœlibes* devaient parfois contracter mariage afin de pouvoir *capere* les legs ou les hérédités. Un *libellus repudii* dissolvait peu de jours après cette union éphémère. Mais le fisc perçait à jour cette fraude et revendiquait ses droits.

II. *Simulation dans l'objet du contrat, s.-c. Macédonien.* — Dans le cas précédent la simulation portait sur le caractère ou plutôt sur l'existence du contrat. Dans l'espèce suivante elle porte sur l'objet même de la convention. Pour éluder les dispositions du Sénatus-consulte Macédonien vous prêtez du froment ou de l'huile à un fils de famille afin que vendant ces marchandises il les convertisse en argent. Ulpien (1) décide qu'en dépit de la fraude le sénatus-consulte sera appliqué.

III. *Interposition de personnes, s.-c. Velléien.* — Le sénatus-consulte Velléien défend aux femmes d'intercéder pour autrui. *Quid juris* si au lieu d'intervenir par elle-même elle a recours à une *interposition de personnes*, si par exemple elle vous donne le mandat d'intercéder? La difficulté vient de ce que le sénatus-

(1) L. 7. § 3, *ad. s.-c Macedonianum.*

consulte, dans son texte, ne parle que de la femme et non de son mandataire.

Il faut distinguer. Si le créancier a suggéré à la femme l'idée de vous faire intervenir afin de tourner la prohibition du sénatus-consulte, lorsqu'il agira contre vous, vous pourrez le repousser par l'exception de fraude faite à la loi. Au contraire si vous êtes intervenu alors que le créancier était de bonne foi et ignorait la ruse de la femme vous êtes tenu vis-à-vis du créancier, mais lorsque vous intenterez contre la femme l'action du mandat vous serez repoussé par elle au moyen de l'exception tirée du sénatus-consulte (1).

Cette distinction est parfaitement logique. Le créancier de bonne foi ne peut souffrir d'une irrégularité dont il n'est pas complice. Il arrive cependant que dans une donation, dans un fidéicommis fait en fraude de la loi, le bénéficiaire, quoique innocent, ne peut pas recueillir la libéralité; mais il faut remarquer qu'un rescrit impérial avait décidé expressément que le sénatus-consulte Velléien ne protégeait pas la mauvaise foi de la femme contre la bonne foi des tiers. « *Ita eis* » *subvenit*, dit très-bien Ulpien (2), *si non sunt callide* » *versatæ. Hoc enim divus Pius et Severus rescripse-* » *runt. Nam deceptis non decipientibus opitulatur et est* » *tale Severi rescriptum..... Decipientibus senatus-con-* » *sultum auxilio non est : infirmitas enim feminarum,* » *non calliditas auxilium demit.* »

(1) L 32. § 3, D. *ad. s.-c. Velleianum.*

(2) L. 2, § 3. D. *ad. s.-c. Velleianum.*

IV. *Fideicommis tacites.* — La jurisprudence romaine s'écarta un instant de ces principes. Nous voyons, en effet, à l'époque d'Auguste, les testateurs employer avec succès des moyens détournés pour violer la loi. Ils ne peuvent transmettre leurs biens ni aux pérégrins ni aux *cœlibes* au moyen des legs; ils emploient le fidéicommis, c'est-à-dire qu'ils lèguent à une personne capable en la priant de restituer à un incapable. Certes, dans l'état actuel du droit une pareille ruse ne réussirait guère. Cependant nous voyons, à Rome, l'opinion publique se montrer favorable à ces dispositions, l'empereur intervenir et nommer un préteur spécial chargé de rendre la justice en matière de *fidéicommis* (1).

Mais ce grand peuple, jurisconsulte par instinct, ne tarda pas à revenir aux vrais principes. En somme il n'est pas logique de pouvoir faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement. Aussi voyons-nous le fidéicommis perdre peu à peu ses priviléges exorbitants et finalement se confondre d'une manière presque complète avec le legs qui triompha dans cette lutte, mais non sans y perdre son excessive rigidité (2). Un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien décida que l'on ne pourrait faire des fidéicommis en faveur des pérégrins; ces libéralités purent être re-

(1) Inst, § 1, *de fideic. heredit.*

(2) Faisant allusion au s.-c. Néronien et à l'édit des fils de Constantin (339) qui abolit les paroles solennelles, Justinien a pu dire : « *Ex constitutionibus principum solemnitas hujusmodi verborum penitùs sublata est.* » (Inst., § 2, *de legatis*).

vendiquées par le fisc (1). Le même empereur défendit encore de faire les fidéicommis aux personnes incertaines ou au *posthumus alienus*. Sous ce rapport encore le fidéicommis avait été primitivement mieux traité que le legs. Les *cœlibes* et les *orbi* qui pouvaient recueillir des libéralités fidéicommissaires furent privés de ce droit à partir du sénatus-consulte Pégasien. Enfin du temps de Gaïus un fideicommis pas plus qu'un legs ne peut être fait *pœnæ nomine* (2).

Ainsi donc dès l'époque classique l'assimilation est *à peu près* (3) complète.

Pour faire parvenir des libéralités à des personnes incapables, on se servit alors du *fidéicommis tacite*. Il y a fidéicommis tacite lorsque l'on fait une constitution ou un legs en faveur d'une personne que l'on a secrètement chargée de restituer l'hérédité ou la chose léguée à un incapable.

Ce genre de fraude était sévèrement réprimé :

D'abord les fidéicommis tacites peuvent être revendiqués par le fisc (4). Ensuite l'héritier qui promet d'exécuter un fidéicommis tacite perd la quarte Falcidie sur ce qui fait l'objet du fidéicommis (5). Il perd *toute*

(1) Gaïus, II, 285.

(2) Voir sur tous ces points Gaïus, II, 284-287.

(3) Cependant, les auteurs signalent encore entre le legs et le fidéicommis dix-sept différences qui ne portent que sur des points de détail, sauf l'une d'elles. Celle-ci consiste en ce que l'on peut faire des fidéicommis sans faire un testament, tandis que sans testament tout legs est inutile.

(4) L. 1. D. *de jure fisci*.

(5) L. 11. D. *de his quæ ut indignis*.

l'hérédité s'il promet tacitement de restituer ce qui restera de son hérédité après qu'il aura prélevé la quarte. Enfin, celui qui a consenti à restituer un fidéicommis tacite ne peut pas, s'il a des enfants, revendiquer les *caduca* avec les autres *patres* nommés dans le testament (1).

Du reste, pour qu'il y ait fraude à la loi, il importe peu que le grevé ait promis par écrit de restituer ou qu'il ait fait une simple promesse verbale (2). Mais *quid juris* si l'on dit dans un testament : « Je prie » Titius de remettre son legs à la personne désignée » entre nous. » ? Paul (3) voit dans cette disposition un fidéicommis tacite. Callistrate (4) est d'un avis opposé : *Julianus respondit*, dit-il, *non quidem apparere quid ab heredibus ex hujusmodi verbis petitum est; quœri autem solere, quando intelligatur quis in fraudem legis fidem suam accommodare? Et fere eo jam decursum, ut fraus legi fieri videatur quotiens quis neque testamento, neque codicillis rogaretur : sed domesticâ cautione et chirographo obligaret se ad prœstandum ei qui capere non potest : ideoque dici posse ex suprascriptis verbis non esse legi fraudem factam.*

Le jurisconsulte, on le voit, fait ici application du principe posé par Modestus : « *Non puto delinquere* » *eum qui in dubiis quœstionibus contra fiscum facile*

(1) Ulp. Reg. XXV, 17, *in fine.*

(2) L. 10. D *de his quæ ut indignis.*

(3) L. 40. D. *de jure fisci.*

(4) L. 3, *eod. titul.*

» *responderit* (1). Paul, du reste, n'insiste pas sur l'espèce que nous analysons, et il fait remarquer que la fraude dans ce cas est beaucoup moins blâmable que dans celui-ci : « Je prie mon héritier de restituer à Titius le fonds dont je lui ai parlé : *Rogo fundum Titio des de quo te rogavi.* (2) » En effet, dit il, le testateur a voulu ici ruser avec la loi. Il a bien nommé le bénéficiaire et le fonds objet du litige ; mais cependant, à la simple lecture du testament, il est impossible de savoir ce dont il a voulu parler ; il est impossible au fisc d'exercer son droit de revendication. « Je pense donc, dit-il, que l'on n'évitera pas dans ce cas les peines du fidéicommis tacite. *Si Titius capere non possit, non evitabit heres pœnam taciti fideicommissi.* »

Il n'y a pas de fidéicommis tacite, si l'on a dévoilé le bénéficiaire dans un codicile ou *a fortiori* dans un testament. Cependant, ce point paraît avoir fait difficulté et l'on s'était demandé si le seul fait d'avoir

(1) L. 10. D. *de jure fisci.* — Quelques moralistes appliquent encore ce principe de nos jours. Il faut remarquer cependant que les *impôts* ou mieux *les contributions* ne sont plus perçues que pour les besoins des services publics et nullement en vertu d'un droit antérieur ou supérieur qu'aurait le chef de l'Etat sur les biens des contribuables — Le Trésor public, à l'heure qu'il est, ayant contre chacun de nous des titres de créance dont la *cause* est parfaitement juste et justifiée, il convient, en principe, de le traiter comme un créancier ordinaire. — Il faut reconnaître néanmoins que le législateur en n'assimilant pas à des délits ordinaires certaines fraudes organisées contre le fisc, autorise les moralistes à se montrer plus larges en cette matière, notamment en ce qui concerne la restitution. Le jour où l'on aura supprimé quelques contributions exorbitantes et vexatoires, les fraudeurs n'auront plus d'excuse.

(2) *Ibid.*, l. 40,

souscrit une promesse de ce genre n'était pas punissable lors même que plus tard on l'eût dévoilée. Un rescrit d'Adrien dut intervenir pour fixer la jurisprudence dans le sens le moins sévère (1).

Si l'incapacité du bénéficiaire cesse avant la mort du testateur, y a-t-il fidéicommis tacite? La raison de douter vient de ce qu'au moment où le testament a été fait la loi a été violée. Un événement postérieur peut-il purger ce vice? Oui, les jurisconsultes avaient appliqué en cette matière le principe : « En toute chose, il faut considérer la fin. « *Placuit exitum esse spectandum* (2). Ce n'est donc pas à l'intention de violer la loi que l'on s'attache, c'est au résultat. Il paraît s'ensuivre que si le bénéficiaire, capable à l'origine, est depuis devenu incapable, on n'échappera pas aux peines fiscales. Cependant cette solution est repoussée par Gaïus. *Si quis ei qui capere possit, rogatus fuit restituere et in mortis tempore prohibetur legibus hoc capere : non dubito quin, etsi deficit fideicommissum, apud eum tamen qui rogatus est restituere manere debet ; quia nulla fraus ejus intervenisse videtur : nisi in futurum casum fidem accomodavit, id est, ut, licet capere legibus prohiberi cœperit, restituat* (3).

Si le bénéficiaire décède avant le testateur, le grevé profitera de la chose (4), le vice de la disposition étant purgé.

(1) L. 3, § 1. *de jure fisci.*
(2) *Ibid.*, § 2.
(3) *de his quæ ut indignis.* D. l. 10, § 1.
(4) L. 25, § 1, *eod. titul.*

Enfin, les principes précédemment exposés ne s'appliquent pas au cas où le grevé est le fils du disposant ; car alors il est censé n'avoir promis de restituer que par crainte révérentielle (1).

La fraude peut être prouvée ici soit par des sous-seing privé, soit de toute autre manière (2). Il est à peine besoin de faire remarquer que toutes les clauses du testament ne sont pas viciées, parce que l'une d'elles contient un fidéicommis tacite (3), et il est à noter que si le bénéficiaire dénonce au fisc la fraude dont il profite, on lui accorde en récompense la moitié du fidéicommis. C'est du moins ce qui paraît résulter du § 4 du *Fragmentum veteris cujusdam jurisconsulti de jure fisci* que l'on n'a pas pu bien déchiffrer, mais que Huschke restitue ainsi : « *Si se is deferat cui tacitum fideicommissum relictum est, item dimidii præmium fert.* »

V. *Donations déguisées.* — Il nous reste maintenant, pour terminer ce chapitre, à parler des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et à nous demander si une telle simulation contitue en droit romain une fraude à la loi. Cette question est d'autant plus intéressante que l'on a invoqué l'autorité du Digeste à l'appui d'une opinion que nous aurons à combattre dans le courant de cette étude.

(1) L. 10, § 2, *de his quæ ut indignis.*

(2) L. 3, § 3, *de jure fisci.* — La parenté et l'alliance ne donnent jamais lieu à une présomption *juris et de jure* d'interposition de personnes (C. 25. D. *de his quæ ut indignis*),

(3) *Ibid.*, § 4.

Or, il est certain qu'en droit romain les donations faites sous le voile de contrats à titre onéreux étaient valables. Voici des textes décisifs : « *Donationis causa facta venditione*, dit Hermoginien, *non pro emptore sed pro donato res tradita usucapitur...* (1). Ainsi, le titre, le contrat simulé, sera envisagé, non pas comme une vente valable, puisqu'il n'y a pas de vente sans prix sérieux, mais comme donation. Et remarquons, en passant, que la distinction du jurisconsulte, dans l'espèce n'était pas purement théorique. Du moment que l'on usucape *pro donato*, il faut être de bonne foi depuis l'*initium possessionis* jusqu'à l'expiration du temps requis (2). Du reste, Justinien a supprimé toute différence entre le titre *pro donato* et les autres *justæ causæ*. La loi unique au Code (*de usucapione transformandâ*) dit en effet : « *Non interrumpatur ex posteriore alienæ resi scientiâ licet ex titulo lucrativo ea cœpta est.* »

Outre le fragment d'Hermogénien nous avons encore en faveur de la validité des donations déguisées les lois 3 et 9 C. *de cont. empt.* La loi 3 est ainsi conçue :

Si donatio causa venditionis, simulatus contractus est; emptio in sui deficit substantia. Sane si in possessionem rei sub specie venditionis causa donationis ut te aleret, induxisti; sicut perfecta donatio facile rescendi non potest; ita legi quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit.

(1) L. 6. D. *pro donato.*

(2) L. 11, § 3. D. *de publ. in rem act.* Tandis que pour usucaper *pro emptore*, il suffit d'être de bonne foi au moment de la vente et au moment où la chose est livrée. La mauvaise foi survenue après la tradition ne nuisait pas à la *possessio ad usucapionem.* (L. 2, *princip.* D. *pro emptore.*)

La loi 9 est conforme. Enfin nous avons encore le fr. 38, D. *De cont. empt.* qui s'occupe du cas non douteux où dans le but de faire une libéralité à l'acheteur le vendeur exige de lui un prix inférieur à la valeur de la chose. Tout le monde est d'accord pour reconnaître que dans ce cas le contrat est une *vente* et que, du moins en ce qui concerne la forme, il doit être traité comme tel (1).

On se demandera si de ce que la donation déguisée était valable en droit romain, il doit en être de même en droit français. Or nous verrons plus loin que la négative est certaine parce qu'en droit français, la donation est un contrat solennel, tandis que la vente est un contrat consensuel.

En droit romain, au contraire, la donation comme la vente est un contrat non solennel. Si nous démontrons cette proposition la question sera résolue. Car on comprend que le législateur n'exigeant pour faire une donation, ni une *capacité*, ni des *formes* spéciales, se

(1) Nous n'avons pas cité la loi 46 *Locati* ainsi conçue : « *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est quia et hoc donationis instar inducit* » Cette loi, en effet, dit bien que le louage est nul mais elle ne parle pas de la validité de la donation. Seulement on peut rapprocher ce texte du fragment 66, D *de jure dotium*. On sait que l'usufruit ne peut être cédé *injure* qu'au propriétaire du fonds. Un usufruit ayant été constitué en faveur du mari par un tiers, pour représenter la dot, on se demande comment le mari après le divorce pourra restituer la dot à la femme Les jurisconsultes avaient imaginé le moyen suivant : Le mari vendait l'usufruit à la femme *nummo uno*. Alors quoique le droit d'usufruit en lui-même restât sur la tête du mari et s'éteignit avec lui, la femme pouvait percevoir les fruits. Pourquoi dans ce cas la vente faite *nummo uno* est-elle valable? C'est qu'il s'agit ici non d'une *simulation* mais d'une *fiction*. Voir l'introduction.

préoccupe peu de savoir si elle a été ou non revêtue d'une apparence simulée ; il n'a ici aucun précepte d'ordre public à venger. Et c'est d'après les mêmes principes que nous verrons la loi française tenir pour valable une vente faite, par exemple, sous le couvert d'une transaction.

Jamais dans le droit romain *proprement dit*, la donation entre-vifs ne fut un acte solennel.

Au commencement, elle se présente à nous non pas comme un contrat; non pas même comme un *modus adquirendi*, mais comme une simple *justa causa adquisitionis* ce qui est, en effet, son caractère propre.

Le donateur ne peut transférer au donataire la propriété de la chose sans la lui livrer, mais remarquons qu'il en est de même dans la *vente* et cependant nul n'a prétendu qu'à Rome la vente fut un acte solennel.

On pourrait se demander si quand la donation est déguisée sous l'apparence d'une vente, elle n'est pas parfaite par le seul consentement ; si dès lors le donataire n'a pas une action — l'*actio empti*, par exemple — pour obliger le donateur *ad mancipandum vel tradendum*, et si les obligations de chacune des deux parties ne prennent pas naissance au moment où la convention verbale intervient.

Dans le cas où la réponse devrait être affirmative il faudrait avouer que la simulation aurait produit des effets considérables.

Mais il n'en était rien. Non, quoique la donation fut déguisée sous l'apparence d'une vente, elle ne commençait à produire son effet et les parties n'étaient

civilement liées que par la tradition de l'objet ; et rien ne nous autorise à penser que cette tradition put être exigée, d'une manière quelconque par le donataire. Qu'elle fut nécessaire pour la perfection de la donation déguisée, cela n'est pas douteux. D'abord Hermogénien supposant une usucapion *pro donato* : *res* TRADITA, dit-il, *usucapitur* ; l'usucapion suppose toujours la possession. Et quant aux rescrits de Dioclétien formant les lois 3 et 9 au Code (*De cont. empt.*) ils sont aussi explicites.

« Dans l'espèce proposée, dit la loi 3, il n'y a pas de » vente. Mais si le prétendu acheteur a été mis en » possession *sane si in possessionem rei induxisti*, la » donation sera valable. »

Et la loi 9 : « *Empti fides ac venditi sine quantitate* » *nulla est..... sed et si donationis gratia prædii fac-* » *tam venditionem traditio sequatur, actione pretii* » *nulla competente perficitur donatio.* » Donc, la donation est parfaite si la *tradition a suivi* le contrat simulé.

Or, si les jurisconsultes romains exigeaient que pour être valable une donation déguisée remplit *toutes les conditions d'une donation ordinaire*, ne seraient-ils pas étonnés, s'ils revenaient parmi nous, de voir les donations déguisées validées par les tribunaux en l'absence des formes solennelles impérieusement exigées par la loi pour « tous actes portant donation. » (article 931, C. C.)

Rien ne démontre qu'à l'aide de la simulation on put dépasser le *modus* fixé pour les donations réguliè-

res. Ceci nous amène à parler de la loi *Cincia*. Ce plébiscite fut rendu l'an de Rome 550 sur la proposition du préteur *M. Cincius Alimentus*. Il établit un taux, un *modus* au-delà duquel aucune donation ne pourra être faite sans cependant frapper de nullité la contravention à cette défense.

Voilà pourquoi la loi était appelée *imperfecta* par Ulpien (1). Il y eut donc les grandes et les petites donations. Celles-ci, croyons-nous avec l'école française, continuèrent à être régies par le droit antérieur. Quant aux grandes donations, c'est-à-dire celles qui excédaient le *modus*, la subtilité des jurisconsultes organisa pour en paralyser les effets divers moyens que nous n'avons pas à examiner ici mais qui étaient tous l'application de cette idée générale : Remettre le donateur en possession de la chose donnée afin qu'il puisse opposer l'exception *legis Cinciæ* à l'action en revendication du donataire.

La loi Cincia ne fit pas de la donation un acte solennel, elle ne créa qu'une simple *indisponibilité*, quelque chose de semblable à notre *reserve* que l'on ne saurait à aucun titre appeler une *forme* de la donation.

Remarquons encore une fois que si à l'époque de la loi Cincia la donation n'est parfaite que par la tradition ou la mancipation de la chose, cela n'est pas particulier à la donation, il en est de même dans tous les contrats innommés.

A l'époque où le christianisme monta sur le trône

(1) § 1, Règles, *De legibus et moribus*.

avec Constantin, les règles de la loi Cincia étaient tombées en désuétude. Constance Chlore, dans une constitution datée de 316 et dont nous possédons une triple version (1), exigea que les donations fussent faites en présence de témoins et insinuées sur des registres publics. Mais comme le fait remarquer M. de Savigny (2), ces formalités n'étaient pas prescrites à peine de nullité, il était seulement recommandé aux juges de ne pas accueillir facilement la preuve des donations qui n'étaient pas insinuées.

Enfin, Justinien, qui s'était montré libéral, en corroborant d'une action la simple promesse de donner, ordonna d'insinuer les donations excédant 500 solides (3), à peine de nullité pour l'excédant (4).

C'est donc seulement à l'époque byzantine que la donation devint un acte *solennel*. A ce moment, appliquait-on encore les textes des anciens jurisconsultes et les rescrits de Dioclétien qui validaient les donations faites sous l'apparence trompeuse de contrats à titre onéreux? Cela se peut, mais il en faudrait alors tirer seulement cette conclusion : qu'en permettant de faire indirectement ce qui ne pouvait se faire directement, les commissaires de Justinien ont donné un mauvais exemple que les législateurs modernes doivent se garder d'imiter.

(1) *Frag. Vatic.*, § 249. — Code Théod. l. 1, *de Donat.* (VIII, 12). — Code Just., l. 25, *de Donat.*

(2) *Cours de droit romain*, t. IV, chap. 3.

(3) Le solide valait environ 12 fr. 50 de notre monnaie.

(4) Inst. II, VII, § 2. — L. 34, *Princip.*, § 3 et 4. — L. 35, § 5. — L. 36, *Princip.* et § 3, C. *de Donationibus.*

VI. *Donations déguisées entre époux.* — Revenons à l'époque classique et demandons-nous ce que pensaient les jurisconsultes romains des donations entre époux *déguisées* ou *simulées*.

On sait que jusqu'à l'*Oratio* très-célèbre de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla, les donations entre époux furent interdites. Or, était-il permis de faire indirectement ce que l'on ne pouvait faire directement ? Pas le moins du monde; ainsi la loi 38, D. *De cont. empt.* déclare que la vente dans laquelle aucun prix ne doit être payé est nulle entre époux.

Quid de la vente entre époux *viliore pretio?*

Il résulte d'un texte d'Ulpien (1) que, d'après Julien, la vente était absolument nulle, et que Nératius et Pomponius, au contraire, faisaient une distinction. D'après eux, si l'époux, en prenant pour acheteur son conjoint, avait l'intention de *vendre*, tout en lui faisant des conditions plus favorables qu'à un étranger, la vente était valable, sauf le droit d'exiger le supplément du juste prix. Mais si l'époux vendeur n'avait pas eu l'intention de vendre, ou s'il n'avait fait cet acte que dans le but de faire une libéralité à son conjoint, la vente était nulle.

Quant à nous, nous préférons l'opinion de Julien. Mêler ici une question d'intention, c'est ouvrir une porte à la fraude; aussi, quand nous aurons à résoudre le même problème en droit français, rejetterons-nous un système, soutenu cependant par des auteurs

(1) L. 5, § 5, D. *de Donat. inter. vir. et uxor.*

éminents, mais qui est presque calqué sur celui de Neratius.

Ainsi, la simulation dans la nature du contrat ne préserve pas de la nullité les donations entre époux. Le résultat est le même s'il s'agit d'*interpositions de personnes*. A ce sujet, examinons quelques espèces que l'on peut qualifier de donations *déguisées* ou de donations *indirectes*, suivant les circonstances.

Supposons que la femme gratifie le mari en s'engageant à acquitter une de ses dettes. Dans ce cas la donation est nulle vis-à-vis du mari. Mais la libération du mari est-elle valable vis-à-vis du créancier? Non, tout est nul (1). Sans doute, prononcer la nullité de la libération du mari n'était pas indispensable, mais c'était plus sûr que d'accorder à la femme un simple recours contre lui.

De même, quand le mari, voulant faire une donation à sa femme, donne mandat à un de ses débiteurs de s'engager envers elle (2); cette novation par changement de créancier est nulle, et le débiteur n'est ni libérévis-à-vis du mari ni engagé vis-à-vis de la femme.

Supposons cependant qu'il ait payé la femme. Le mari pourra-t-il exiger un nouveau paiement? Non, dit Africain, le débiteur le repoussera au moyen d'une exception de dol, à *la condition de lui céder ses actions* (3). Le dol ici consiste à inquiéter le débiteur,

(1) L. 5, § 4, *Ibid.*
(2) L. 5, § 3.
(3) L. 38, § 1, D. *de Solutionibus.*

à propos d'un acte qu'on lui avait ordonné d'accomplir.

Quelles étaient les actions que le débiteur devait céder au mari? Si l'on se rattache aux principes, il faut répondre qu'il n'y en a qu'une : la *conditio indebiti*. Car, lorsque je paie une somme à quelqu'un, même *sine causâ*, je lui en transfère la propriété et il ne peut plus être question pour moi d'aucune action *réelle*. Mais nous trouvons ici une dérogation remarquable aux règles générales. Julien décide (1), que si, dans l'espèce, les écus existent encore on pourra les revendiquer. Et, d'un autre côté, si les écus ont été consommés par la femme et qu'elle en soit devenue plus riche, le mari pourra exercer contre la femme la *conditio indebiti* sans qu'il soit nécessaire que le débiteur la lui cède. Car, repoussé par ce débiteur au moyen de l'exception de dol, le mari peut considérer comme siens les écus consommés par la femme.

On voit en définitive que, lorsqu'il y aura *cession* on cédera toujours une action *réelle* et jamais une action personnelle. Les principes généraux auraient dû conduire à une solution contraire.

La doctrine d'Africain sur la cession de l'action devait être ancienne. D'après Ulpien (2), cette cession était inutile. Le mari pouvait exercer l'action de *plein droit* en vertu d'un constitut possessoire sous-entendu dans l'opération. Ainsi, d'après ce jurisconsulte, quand

(1) L. 39, D. *de Donat. inter. vir. et uxor.*

(2) L. 3, § 12, *Ibid.*

le débiteur du mari a payé à la femme, la propriété des écus a résidé un instant de raison sur la tête du mari puis est passée à la femme. Il s'ensuit que le débiteur est libéré et que le mari peut s'adresser directement à celle-ci. Il s'ensuit encore que, si vous avez l'intention de faire une donation au mari, et que le mari vous prie de la faire à sa femme, le mari pourra répéter directement contre elle, car c'est comme si vous aviez donné au mari et qu'ensuite il eut donné à sa femme (1).

On sait qu'Africain n'admettait pas facilement l'existence du constitut possessoire. Ainsi, quand je vous écris de garder, à titre de prêt, la somme que vous me devez par suite d'un mandat, d'après Africain, il n'y a pas de prêt (2). Au contraire, il y a prêt d'après Ulpien (3) toujours en vertu de la théorie du constitut possessoire.

Cette dissidence entre les deux jurisconsultes se retrouve en matière de donation entre époux. Car nous avons vu (4), que si le débiteur du mari paie la femme sur l'ordre du mari, Africain, contrairement à Ulpien, n'admet pas que la propriété des écus ait été transférée au mari ; d'après lui, ce dernier peut de nouveau rechercher le débiteur, sauf, bien entendu, à être repoussé par une *exception* de dol. S'il y avait eu paiement et transfert de propriété en sa faveur, le mari eut été repoussé *ipso jure*.

(40) *Ibid.*, § 13.
(41) L. 34, *Mandati*.
(42) L. 15, *de Rebus creditis*.
(43) L. 38, § 1, D. *de Solutionibus*.

Que devinrent les donations entre époux après le sénatus-consulte proposé par Septime-Sévère et Antonin Caracalla? La nullité de ces donations cessa d'être radicale; elles furent valables si l'époux donateur mourait sans révoquer la donation (1). Nous n'avons donc qu'à ajouter ceci : L'action en revendication ou la *condictio* qu'avait le mari contre la femme ou la femme contre le mari, dans les cas discutés plus haut, s'éteignait par la mort de son titulaire, si de son vivant celui ci ne l'avait pas exercée.

CHAPITRE III.

DE LA SIMULATION FRAUDULEUSE (*suite*). — FRAUDE ENVERS LES TIERS.

§ 1. *Effets au point de vue civil.*

Si la simulation au lieu d'être dirigée contre la loi est dirigée contre les tiers on applique encore le principe : « *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.* » Aussi n'insisterons-nous pas ; nous nous bornerons à rapporter ici un seul texte qui fait de cette règle une application remarquable : « *Filiæ meæ emancipatæ et ægræ*, dit le jurisconsulte Julien (2), *vir in hoc repudium misit ut mortua ea dotem potius heredibus ejus quam mihi redderet; Sabinus dicebat utile mihi*

(1) L. 32, § 2, D. *de Donat. inter. vir, et uxor.*
(2) L. 59 D. *Soluto matrimonio.*

ejus dotis reciperandæ judicium dandum esse; Gaïus, idem. »

Pour bien saisir l'importance de cette solution il faut se rappeler les principes qui président à la restitution de la dot.

La dot, on le sait, prenait le nom de *profectice* quand elle était donnée par le père de la femme et d'*adventice* quand elle était donnée par toute autre personne. Si la femme mourait pendant le mariage, la dot profectice revenait au père (sauf les rétentions légales) et à défaut du père restait au mari. La dot *adventice* appartenait toujours à ce dernier à moins que le constituant n'eût stipulé le contraire.

En cas de divorce si la femme est *sui juris* elle a seule le droit d'intenter l'action et si elle n'est pas *sui juris*, son père l'intente conjointement avec elle, que la dot soit *profectice* ou *adventice* peu importe. La dot appartient définitivement au mari si entre le moment du divorce et la mort de la femme il n'a pas été mis en demeure de la restituer.

Dans l'espèce soumise à Julien la fille est émancipée ; elle a donc seule le droit d'intenter l'action si le divorce est valable. Le père qui a fourni la dot va perdre tout droit de la répéter. Au contraire, on voit, conformément aux principes exposés ci-dessus que, si le divorce est nul, le père pourra reprendre la dot *profectice* après la mort de la fille.

Sabinus et Gaïus décident avec raison que le divorce n'étant pas sérieux et n'ayant été simulé que pour frustrer le père, on doit le tenir pour nul.

On pourrait se demander pourquoi le jurisconsulte qualifie d'action *utile* l'action accordée au père dans cette hypothèse ; nous croyons que les mots *utile judicium* employés dans la loi 59 veulent dire seulement « action *efficace*. » — Nous n'apercevons aucune raison qui empêche d'accorder au père l'action civile, l'action ordinaire *rei uxoriæ*.

Les principes sont les mêmes si, au lieu d'être dirigée contre les tiers, la fraude tend à léser une des parties contractantes. Ainsi vous avez acheté un bien sous le nom de votre épouse ; celle-ci veut ensuite s'approprier frauduleusement le bénéfice du contrat ; vous serez admis à prouver la simulation (1).

Ce rescrit est de Dioclétien ; il paraît qu'à cette époque on discutait le point de savoir si l'on pouvait prouver outre et contre le contenu aux actes. En faveur de la négative on peut invoquer un texte de Paul ainsi conçu : « *Testes cum de fide tabularum nihil dicitur, » adversus scripturam interrogari non possunt* (2). » Malheureusement ce texte n'est pas décisif parce qu'il est extrait des Sentences, lesquelles ont pu être remaniées par les barbares.

On peut encore citer en faveur de la négative la loi 1 au Code de Justinien, *de Testibus* : « *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur.* » Mais cette loi, restituée par Cujas, était-elle ainsi conçue dans le texte primitif? On ne saurait l'affirmer.

(1) L. 5 C. *Si quis alteri vel sibi.*
(2) *Sentences*, liv. IV, tit. 15, § 4.

De leur côté les partisans de l'affirmative renvoient à la loi 15, C. *de fide instrumentorum* qui porte : « *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides* « *instrumentorum quam depositiones testium.* » Mais ce texte ne paraît pas supposer le conflit des deux preuves.

Nous pensons cependant que c'est du côté de l'affirmative que se trouve la vérité. L'ensemble du droit romain accorde au juge une très-grande latitude dans l'admission des preuves ; ce ne put être que dans le Bas-Empire que l'on fit prévaloir le respect dû aux actes, sur le fond du droit.

Il nous paraît incontestable que, sous Justinien, on ne pouvait pas prouver par témoins contre le contenu aux actes (1). L'empereur sanctionna définitivement cette règle à la prière des avocats de Césarée. Cependant on a cru voir dans les dernières lignes du § 12 aux Institutes (*de Inutilib. stipulationibus*) une contradiction au principe général que l'on a l'intention d'établir. Nous pensons que Justinien prévoit dans la fin du paragraphe le cas où l'*instrumentum* est argué de faux c'est-à-dire l'hypothèse ou l'une des parties nie avoir formellement concouru par elle-même ou son mandataire à la confection de l'acte incriminé, auquel cas il est rationnel qu'elle puisse prouver son absence par témoins.

(1) L. 14 C. *de Cont. stipul.* (VIII, 38). Inst. § 12, *de Inut. stipul.*

§ 2. — *Effets au point de vue pénal.*

Il nous reste à dire ce qu'était la simulation au point de vue du droit criminel des Romains. La simulation constituait-elle un faux?

Le crime de faux proprement dit devait renfermer à Rome trois éléments essentiels.

I. Une altération matérielle de la vérité (1).

II. Une intention frauduleuse chez l'agent (2).

III. Un préjudice possible à autrui (3).

Il faut donc écarter l'hypothèse où la simulation ne nuit à personne et supposer que les simulants ont l'intention de frauder les tiers. Dans ce cas il est certain que la simulation constitue un crime. Seulement on se demande si ce crime consiste dans le faux ou dans le stellionat.

Le *stellionat* (4) n'est pas un crime déterminé, c'est toute fraude qui paraît au juge digne d'être punie criminellement. « *Ubicumque titulus criminis deficit, hic stellionatus objiciemus* (5). Il est clair que la simulation ourdie contre les tiers constitue au premier chef un stellionat, mais ne faut-il pas aller plus loin et dire qu'elle constitue un faux ?

(1) D. *de lege Cornel.*, l. 16, § 2.

(2) *Ibid.* l. 2, l. 9, § 3, l. 19, l. 22 *princip.*, l. 23, 31, 32.

(3) L. 79; D. *De du rej. juris.* — L. 38, § 6. D. *de pœnis.*

(4) Ce mot vient de *stellio*, lézard tacheté auquel les anciens attribuaient une grande finesse et un venin des plus subtils.

(5) L. 3, § 1, D. *Stellionatus.*

L'affirmative est soutenue par Brunemann (1), Jousse (2) et Farinacius (3), et voici les arguments proposés par ces auteurs :

1° Aux termes de la loi 9, § 3, Digeste (*de lege Cornelia de falsis*), la peine du faux est encourue par tout homme qui *quid dolo malo falsum signaverit, signarique curaverit.* — La formule est générale et doit comprendre le cas où l'on signe une convention simulée ;

2° La loi 29 *ibid.* porte que quiconque présente à son juge un libelle contenant des renseignements inexacts, peut être puni des peines du faux ;

3° La loi 28 dit que « si le contrat, portant constitution d'hypothèque, est antidaté par le débiteur en faveur de son créancier, afin de porter préjudice à un créancier antérieur, » il y aura lieu à une poursuite de faux, et l'on trouve dans la loi 15, au Code de Justinien, une décision analogue.

Cependant, ce système est combattu par les meilleurs auteurs, tels que Dumoulin (4), Muyart de Vouglam (5), Boniface (6), Pothier (7), et nous croyons, en effet, que les textes rapportés plus haut sont loin d'être décisifs.

(1) Comm. sur les lois du Code.
(2) Justice crim. page 4, liv. 3, tit. 15, art. 5, n° 107.
(3) Quest. 162, n° 12.
(4) Sur la Coutume de Nivernais, Ch. 31, art 3.
(5) Tom. 6, art. 2.
(6) Part. 1, liv. 1, tit. 2, chap. 22.
(7) Pandectes, tom. 3, pag. 275.

1° Sans doute, la loi 9, § 3, D. (*de lege Cornelia de falsis*) dispose que quiconque aura signé ou fait signer un écrit faux, sera considéré comme faussaire, ne l'eut-il pas rédigé : mais la question est précisément de savoir ce qu'il faut entendre par écrit *faux*. Est-ce un écrit mensonger, est-ce un écrit dont la rédaction primitive a été altérée? Le texte invoqué ne résout pas cette question;

2° La loi 29 punit comme faussaire tout individu qui présente au juge un libelle mensonger, d'où l'on conclut qu'il suffit parfois d'un simple mensonge pour constituer le faux. — On commet ici une équivoque. La loi porte que ce fait a été incriminé par des rescrits : *Sunt enim rescripta de ea re*, et notamment par un rescrit d'Alexandre Sévère. Ce n'est donc pas de la loi Cornélia que dérive, dans ce cas, l'incrimination. Il était arrivé, en effet, que les empereurs avaient assimilé au faux et puni en conséquence une foule d'escroqueries ou même de délits qui n'avaient aucune espèce de rapport avec ce crime. — C'est ainsi que d'après les constitutions impériales, on punissait encore comme faussaires, du temps de Voet (1); « *Validos mendicantes qui infirmitatem simulant, fuca-* » *tisque coloribus se pallidos aut religatis membris* » *claudos fungunt.* » — Il n'est pas douteux que le fait de présenter au juge un libelle mensonger ne rentrât dans cette catégorie des *quasi-faux*. — Mais

(1) *Ad Pandect. Ad Cornel. de tit. Ad lege Cornel. de Falsis* (lib. 48, tit. 10, § 4).

alors, dira-t-on, il faut y faire aussi rentrer la simulation. Non, car pour qu'un fait puisse être assimilé au faux, il faut une décision formelle du législateur ; dans l'espèce, de l'empereur ; or, cette décision n'a jamais existé. Ainsi donc, il est impossible de traiter la simulation comme un faux, puisqu'elle ne contient pas les éléments essentiels de ce crime, ni comme un *quasi-faux*, puisque aucune constitution impériale ne nous y autorise.

3° Reste la loi 28 qui serait, en effet, un argument sérieux en faveur du premier système, si elle exprimait qu'il s'agit d'une antidate pure et simple ; mais les termes en sont vagues et les commentateurs ont pensé qu'il s'agissait d'une date *falsifiée ex post facto* ; il est certain, en effet, que, dans ce cas, le crime de faux existe aux termes de la loi.

Ainsi, les textes invoqués en faveur de la première opinion ne sont pas décisifs et nous restons en présence d'un fragment de Paul d'où il ressort qu'un simple mensonge commis dans la rédaction d'un *instrumentum* ne peut constituer un élément de crime de faux : « *Quid* » *sit falsum quœritur ? Et videtur id esse si quis alie-* » *num chirographum imitetur, aut libellum, vel ratio-* » *nes intercidat vel describat, non qui alias in incom-* » *putatione vel in ratione mentiuntur* (1). »

Mais alors, nous dit-on, vous supprimez le faux intellectuel? Nullement. On comprend que l'on puisse qualifier de faussaire le tabellion ou même le simple

(1) D. L. 23, *de lege Cornelia.*

citoyen, qui ayant reçu le mandat de rédiger un acte sous la dictée des parties, dénature, à leur insu leurs conventions et n'écrit pas ce qu'on lui dit. Mais tout autre est le cas des simulants écrivant ou faisant écrire ce qu'ils veulent insérer dans un acte qui déguise leur véritable intention. — Encore une fois, nous pensons que, dans ce cas, il peut y avoir *stellionat*, mais non pas crime de faux

L'intérêt de la distinction consiste surtout en ce que le *stellionat* était jugé *extra ordinem*, c'est-à-dire par une juridiction non permanente, tandis que, depuis Sylla, le faux était jugé par un tribunal permanent, la *quæstio perpetua de falsis*.

Ensuite, au point de vue des peines, celle du faux fut toujours fixée par des constitutions impériales, lesquelles à la vérité varièrent souvent. La peine du stellionat fut laissée à l'arbitraire du juge et elle était moins sévère; elle ne pouvait dépasser la peine des mines pour les personnes infimes; quant à ceux qui étaient « *in aliquo honore positi* » on leur infligeait au maximum la relégation temporaire et la perte de leurs dignités (1).

(1) L. 3, § 2. D *Stellionatus*.

DROIT FRANÇAIS

Occupons-nous maintenant du Droit français. Ici encore, soit dans les auteurs antérieurs à la Révolution, soit dans ceux qui ont écrit depuis cette époque, même rareté de documents sur notre matière. Seuls, M. Chardon et M. Bédarride ont disserté sur la simulation avec quelque étendue dans les Traités qu'ils ont publiés l'un et l'autre sur le Dol et la Fraude (1). Mais quoique ces ouvrages soient remarquables à plus d'un titre, on aimerait, ce nous semble, à y trouver sur notre sujet plus de précision et de synthèse. Aussi, c'est surtout dans les recueils de jurisprudence que nous avons dû puiser les éléments de notre travail.

Voici le plan que nous avons adopté :

Dans un aperçu historique, nous cherchons à saisir

(1) Chardon. — *Traité du Dol et de la Fraude en matière civile et commerciale.* 1838.

Bédarride. — *Traité du Dol et de la Fraude en matière civile et commerciale.* 1867, 2e édit.

et à résumer les opinions des anciens auteurs sur la matière. Puis, nous renfermant dans notre époque, nous traitons, dans un chapitre I, de la simulation non frauduleuse. Le chapitre II est consacré à la simulation frauduleuse, de beaucoup la plus importante. Ce chapitre est divisé en quatre sections; dans la première, nous nous demandons quels actes peuvent être argués de simulation; dans la seconde, quelles personnes peuvent critiquer un acte simulé. Puis se pose naturellement la question de *Preuve* de laquelle dépend le succès de l'action — section troisième. — Quand la simulation est prouvée, il reste à se demander quels en sont les effets — section quatrième.

Notre théorie générale au point de vue du droit civil eut été incomplète, si nous n'en avions pas fait l'application aux *Donations déguisées*, qui, par leur fréquence et les difficultés qu'elles présentent appelaient plus spécialement notre attention. Cette matière fait l'objet du chapitre III.

Enfin, dans le chapitre IV nous étudions la simulation au point de vue du droit criminel, et dans le chapitre V au point de vue du droit fiscal.

APERÇU HISTORIQUE.

L'ancienne jurisprudence avait, sur une foule de points, accepté les théories romaines, et l'on peut dire que cela est vrai surtout en matière de simulation.

La simulation non frauduleuse n'a jamais été dans

notre pays une cause de nullité du contrat. L'obligation, le rapport juridique vrai, subsiste sous l'enveloppe trompeuse dont on a cherché à le couvrir. *Plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*. Ce titre du Code est accepté, commenté et appliqué en France ; il ne saurait y avoir là-dessus aucune difficulté.

Le transfert de la propriété n'est plus solennel à ce point que l'on puisse discuter si les cérémonies extérieures doivent prévaloir sur l'intention des parties ; en matière de droit réel comme en matière de droit créance on s'attache à l'intention.

Quant à la simulation frauduleuse, elle était impuissante en France comme à Rome à préserver de la nullité un acte défendu par la loi ; mais il ne sera pas sans intérêt d'étudier sur quels points la pratique de la fraude avait spécialement attiré l'attention des jurisconsultes.

Déguisement de l'usure. — Tous les anciens traités de Droit civil et même de Droit canonique sont pleins de la controverse qu'avait soulevée la légitimité du prêt à intérêt. L'économie politique contemporaine a démontré sur ce point l'erreur des anciens juristes ; nous n'avons pas l'intention d'analyser ici les lumineuses dissertations de F. Bastiat : les débats sont clos, et en pratique tout le monde est d'accord. Contentons-nous de faire remarquer que les adversaires du prêt à intérêt reconnaissaient eux-mêmes que telles circonstances extrinsèques pouvaient légitimer un contrat qu'ils regardaient comme dangereux et immoral en lui-même.

Ces circonstances étaient — sans parler du retard du débiteur et des intérêts *moratoires* qui avaient contre lui le caractère d'une peine légitime :

1° Le *damnum emergens ;*

2° Le *lucrum cessans* ;

3° Le *periculum sortis extraordinarium ;*

4° La *loi civile.* — Cependant la valeur de ce titre extrinsèque était vivement discutée.

Quoi qu'il en soit, il résulte de ce que nous venons de dire qu'il n'était pas permis de prêter à intérêt par cela seul que l'on prêtait à un négociant. Cette solution était gênante et pour les capitalistes et pour les commerçants ; elle privait les uns et les autres de bénéfices notables; aussi s'ingéniait-on à l'éluder. On demandait à la *Simulation* ce que les lois refusaient d'accorder; et parmi les fraudes auxquelles on recourait, une des plus connues était le cas dit des *trois contrats.*

Ainsi, Pierre voulant prêter à Paul, commerçant, 30,000 livres à 6 p. 0/0 l'an commençait par passer avec lui un contrat de *société* ; il le commanditait, et pour prix de sa commandite, il se réservait le tiers ou la moitié des bénéfices.

Puis Pierre renonçait à une partie de ces bénéfices moyennant que Paul lui *assurât* la restitution de son capital à l'époque déterminée pour la fin de la société.

Enfin Pierre *vendait* à Paul le surplus de sa part des bénéfices pour une somme fixe payable en autant d'annuités que la société devait durer d'années. Dans l'espèce, le prix eut été de 1,800 fr. par an.

A l'aide de cette société, de cette assurance et de cette vente combinées, Pierre atteignait son but, ou plutôt il croyait l'atteindre ; mais les Parlements frappaient de nullité ces trois conventions qui, licites en elles-mêmes, devenaient illicites par leur rapprochement.

En matière civile, on avait recours à d'autres moyens. Ainsi on usait souvent du contrat *pignoratif*. C'est une *vente à réméré* dans laquelle le vendeur reste possesseur à titre de bail de l'immeuble vendu. Il paie à l'acheteur des rentes annuelles pour prix du bail ou plutôt pour représenter les intérêts de la somme dont il a été mis en possession. Lorsque le vendeur n'a plus besoin de cette somme, il exerce son droit de réméré, c'est-à-dire qu'il rembourse à l'acheteur l'argent qu'il avait avancé.

Nous citerons encore parmi les fraudes employées celle connue sous le nom de contrat de *mohatra*. Une personne vend pour 1,000 francs, payables dans un an, une chose qu'elle rachète immédiatement par elle-même ou par personne interposée moyennant 950 fr. payables comptant. — L'acheteur (en réalité le prêteur) débourse actuellement 950 francs et recevra dans un an la somme de 1,000 francs. C'est un prêt à 5 p. 0/0.

Toutes ces subtilités ne pouvaient pas faire que ces conventions ne fussent pas nulles, car, dans notre Droit, c'est moins à l'apparence (1) qu'à l'intention

(1) Voici cependant trois exceptions apportées à ces règles et dans lesquelles l'ancienne jurisprudence fait prévaloir la convention *apparente* sur la convention *réelle*.

des parties qu'il a toujours fallu s'attacher. *Plus valet quod agitur quàm quod simulate concipitur.* — Il est donc incontestable que les Parlements faisaient bien de se montrer sévères pour ces sortes de fraudes. Tant que la loi n'était pas changée, ils devaient évidemment l'appliquer.

Interposition de personnes. — Dans les cas précédents la fraude portait sur la nature du contrat ; mais la règle *plus valere* etc., était encore vraie en cas d'*interposition de personnes*. Jamais dans l'ancienne jurisprudence l'interposition de personnes n'a pu valider un rapport de droit né entre parties incapables. Certains contrats ou certains actes étaient défendus entre personnes déterminées. C'est ainsi que le tuteur ne pouvait rien recevoir de son pupille, la concubine de son concubin, le confesseur, le médecin de leur pénitent ou de leur malade. L'interposition de personnes

Les contre-lettres ou contre-promesses, ce qui revient au même, sont nulles :

1° En l'acquisition des charges et pratiques des procureurs ; comme il est porté en l'arrêt du 7 décembre 1691, rapporté dans le Recueil des Arrêts et Règlements concernant les fonctions des procureurs, p. 180.

2° Il était défendu aux comptables publics de se servir de contre-lettres au fait de leurs charges. Outre la nullité, la peine encourue consistait dans une amende arbitraire. Il y a une déclaration du 16 mai 1532 qui est expresse, rapportée dans Fontanon, t. I, p. 620.

3° Par arrêt du Parlement de Paris, rendu le 3 mars 1663 et rapporté dans le *Journal des Audiences*, défenses ont été faites à toutes personnes, de quelque qualité et conditions quelles soient, de faire aucune contre-lettre contre les contrats de fondation et dotation qu'elles feront des couvents, maisons et communautés séculières et régulières à peine de dix mille livres d'amende... et à tous notaires d'en passer aucune à peine de faux et de deux mille livres d'amende.

(Voy. le *Dictionnaire de pratique* de Claude de Ferrière ; v° *Contre-promesse* et *Contre-lettre*).

ne pouvait soustraire ces dispositions à la nullité qui les frappait.

L'interposition pouvait se prouver de toute manière, même par des présomptions. Mais, y avait-il dans certains cas présomption *juris et de jure* d'interposition de personnes ?

Les auteurs (1) admettaient, en général, que la donation faite au conjoint ou à l'ascendant de l'incapable était censé faite à l'incapable lui-même, sans que sur ce point il fut permis d'administrer la preuve contraire.

Quant à celle faite au descendant, ils n'étaient pas d'accord sur la nature de la présomption. Théveneau, *Sur les Ordonnances* (liv. 2, tit, 4, art. 6), admettait dans ce cas une présomption *juris et de jure* d'interposition. Mais Furgole (2), imbu des principes romains repoussait cette doctrine sévère en s'appuyant sur la loi 3, § 4 et la loi 60 *de Donationibus*, et sur l'autorité de Cujas. La coutume de Paris (3) consacrait la doctrine de Théveneau admise du reste par bon nombre d'auteurs.

Fidéicommis tacites. —Nous avons vu précédemment que le Droit romain attribuait au fisc les fidéicommis tacites ; dans notre ancienne jurisprudence le fisc était écarté et l'on décidait avec les casuistes que les biens

(1) Voir parmi les principaux auteurs qu'on peut consulter sur la question :

Furgole : *Questions remarquables sur les donations*. Question 35.

Ferrière : *Sur la Coutume de Paris*, art. 276, glos. I nos 18 et 20.

(2) *Loco citato*.

(3) Art. 276.

ainsi laissés devaient appartenir aux héritiers du *de cujus*.

Quand un légataire demandait la délivrance de son legs, on pouvait exiger de lui qu'il affirmât sous la foi du serment que son legs était sérieux et qu'il n'avait point promis de le rendre à un incapable.

Mais qu'arrivait-il, si le grevé, sans avoir promis de le rendre à un incapable, savait du moins que le testateur ne l'avait eu que pour qu'il le transmît à cet incapable?

Sur ce point, Furgole (1) pense encore que les héritiers peuvent revendiquer l'objet légué. En effet l'incapable ne peut pas profiter du legs, puisque la loi le lui défend, et le grevé ne peut le garder puisque cela serait contraire à l'intention du testateur. Il est donc naturel de l'attribuer à l'héritier.

Effets de la bonne foi chez les tiers en cette matière. — Il nous reste à nous demander quel était l'effet de la simulation à l'égard des tiers de bonne foi. Ceux-ci pouvaient-ils négliger le contrat réel pour s'en tenir au contrat apparent lorsque sur la foi de cette apparence, ils s'étaient rendus acquéreurs du droit simulé?

La négative nous paraît certaine s'il s'agit d'une simulation faite en fraude de la loi. Ainsi le cessionnaire d'une créance qui déguise l'usure ne pourra pas, fut-il de bonne foi, se prévaloir de la créance à l'encontre du cédé, sauf son recours contre le cédant.

Mais si la simulation est dirigée contre les tiers, nous

(1) *Testaments*, chap. VI, sect. 3, nº 2 à 5 et suiv.

verrons dans le chapitre II ci-après (auquel nous renvoyons pour plus de détails sur cette matière), nous verrons que l'art. 1321 du Code civil permet aux tiers de bonne foi de se prévaloir du contrat apparent dans une simulation dirigée contre eux.

Cette disposition existait-elle dans l'ancien droit? Aucune coutume, aucun texte législatif, aucun arrêt de règlement ne l'avait consacrée, du moins à notre connaissance.

A la vérité les anciens recueils de jurisprudence mentionnent un arrêt rendu par le Parlement de Paris en décembre 1633 aux termes duquel : « Contre-lettre » ou déclaration qu'une rente n'est point due et que » ce n'est que pour faire plaisir n'a point d'effet con- » tre les tiers à qui la rente est transportée (1). »

Le désir de consolider le crédit en matière de rentes, élément notable des fortunes d'autrefois, fit rendre au Parlement en cette circonstance une décision équitable. Cependant en l'absence de tout texte législatif nous croyons qu'elle n'était pas conforme au droit. Les principes veulent que l'on ne puisse transférer à autrui plus de droit que l'on n'en a soi-même; or comment le cédant transférerait-il au cessionnaire un droit qu'il n'avait pas. Dira-t-on que le cessionnaire tient son droit de la loi? Mais précisément les textes législatifs en cette matière manquent dans l'ancien droit d'une manière absolue. Il ne faut donc voir dans l'arrêt de 1633 qu'une décision d'espèce, équitable mais peu

(1) *Dictionnaire de pratique*, v° *Contre-lettre*.

juridique, dont la généralisation ne nous est du reste attestée par aucun auteur.

Nous n'insistons pas davantage sur l'ancien droit français, ayant à y revenir en discutant, dans les pages ci-après les autres questions que nous passons ici sous silence. Il est temps d'aborder la législation actuelle.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SIMULATION NON FRAUDULEUSE.

I. Nous avons à parler d'abord de la simulation non frauduleuse. Cette simulation ne saurait empêcher la volonté des parties de produire son effet. Ainsi nous simulons un transfert de propriété sans avoir l'intention de l'opérer, la propriété n'est pas transférée. Je feins de m'engager envers vous, mais il est convenu que je ne serai pas lié; aucune obligation ne naîtra, parce que avant tout c'est à l'intention des parties qu'il convient de s'attacher.

Cependant si, tout en voulant s'engager, on dissimule la véritable *cause* de l'obligation, la convention n'est-elle pas nulle? Non. Ainsi, disait Tronchet au conseil d'État (1), l'obligation souscrite par un débiteur n'en est pas moins valable et exigible, s'il reconnaît devoir à suite de prêt, tandis qu'en réalité il s'agit d'une restitution que sa conscience lui impose.

(1) Locré, tome XII, p. 139.

De même une vente, un partage ne sont pas nuls par cela seul qu'ils sont déguisés sous l'apparence d'une transaction ou d'un échange. Et, d'une manière générale, toutes les fois qu'en dehors de l'idée de fraude, un débiteur excipe de la simulation pour se soustraire au paiement de sa dette, son exception doit être rejetée comme *non relevante* (1).

On s'est fondé pour soutenir le contraire sur l'art. 1131 du Code civil où il est dit que l'obligation sur fausse cause est nulle. Or la cause simulée n'est-elle pas une fausse cause ? On ne saurait le nier, dit-on, et l'art. 1132 qui déclare le contrat valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, complète cette théorie. Tout en n'exigeant pas à peine de nullité l'expression d'une cause, le législateur veut du moins que, si on en exprime une, elle soit vraie. En cas de silence, il valide l'obligation et le fardeau de la preuve est imposé au demandeur ; en cas de mensonge il décrète la nullité du lien obligatoire.

Ce système que paraît favoriser le texte de la loi doit être néanmoins rejeté. En parlant de la fausse cause, l'art. 1131 n'a point visé la cause faussement exprimée dans l'*instrumentum* ; il parle de l'obligation en elle-même et non de l'écrit qui sert à la prouver. Ainsi, quand il annule l'obligation *sans cause*, il ne vise nullement l'acte probatoire qui n'exprime

(1) Aubry e Rau, 4e édit, tome I, page 116. Massé et Vergé sur Zachariæ, tome I, page 43. Il y a dans ce sens de nombreux arrêts Voir parmi les récents, Caen, 9 avril 1853 (S. 1854. II. 30) ; Cass,, 9 nov. 1869 (S. 1870. I. 63) ; Poitiers, 2 juillet 1872 (S. 1873. 2. 112).

pas la cause, autrement les articles 1131 et 1132 seraient antinomiques. Il vise une obligation qui considérée en elle-même et indépendamment de tout moyen de preuve, manque de cause intrinsèque. Le législateur ne sort pas de cet ordre d'idées en parlant de la *fausse cause* et de la *cause illicite*. L'art. 1132 seul se réfère à l'*instrumentum*.

Il en résulte que la nullité prononcée par l'art. 1131 ne frappe point l'acte simulé, pourvu que l'obligation, isolée de l'écrit qui la prouve, se soutienne par elle-même et s'appuie sur une cause *réelle*.

Mais alors dira-t-on que faut-il entendre par *fausse cause*? Il n'est pas facile, nous l'avouons, d'en donner des exemples.

Les auteurs ont proposé des espèces telles que celles ci :

« Pierre a promis 2,000 fr. à Paul en place d'un » cheval qu'il croit lui devoir en vertu d'un testament » dont on découvre plus tard la révocation (1). »

« Pierre a vendu à Paul sa maison de Marseille » que tous deux croyaient existante au moment du con- » trat mais, au contraire, la maison était périe en » totalité (2). »

Or, dans la première hypothèse, nous voyons bien une obligation *sans cause*. Dans la seconde, l'obligation de Pierre est nulle comme étant *sans objet* et par con-

(1) Colmet de Santerre, *Traité des obligations*, p. 60.

(2) Demolombe, *Traité des contrats*, tome I, pag. 355.

séquent celle de Paul est *sans cause* (1). Mais nous ne voyons pas où pourrait être la *fausse* cause. Il y a une cause ou il n'y en pas, quelle que soit d'ailleurs l'opinion des parties.

Nous croyons qu'il y a dans l'article 1131 une redondance superflue, une erreur de rédaction. Cet article a été copié dans Pothier qui avait eu le tort de distinguer entre la *fausseté* de la cause et l'*absence* de la cause. Les jurisconsultes romains avaient évité cette distinction. En parcourant les titres du Digeste nous trouvons bien des *condictiones sine causa* (obligations sans cause) des *condictiones ob turpem vel injustam causam* (obligations sur cause immorale ou illicite) mais nous n'avons pas trouvé, quant à nous, des *condictiones ob falsam causam*.

Il faudrait donc rayer de l'art. 1131 les mots sur fausse cause et, dans tous les cas, se garder de les appliquer à la simulation.

Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation a jugé « que les tribunaux ne peuvent, sans qu'il y ait lieu » de casser les arrêts ou jugements, annuler un con- » trat public par cela seul qu'on y a substitué une » fausse cause à la cause réelle de l'obligation (2). »

Jugé encore : « Que les juges, lorsqu'une cause » réelle et licite existe et est reconnue au procès, ne » peuvent ordonner le serment sur la cause portée au

(1) Dans les contrats synallagmatiques l'obligation de l'une des parties est la *cause* de l'obligation de l'autre. Si donc l'une de ces obligations est nulle faute d'*objet*, l'autre est nulle faute de *cause*.

(2) Cass., 13 août 1806. (S 6. 2. 961); *Répert.* Dalloz. 10. 676.

» contrat et faire dépendre de ce serment la validité de » l'obligation (1). »

Mais le porteur d'une obligation simulée est-il dans une position aussi favorable que le porteur d'une obligation régulière ? Non ; ce dernier n'a aucune preuve à faire. Au contraire, si le titre est entaché de simulation, quand le débiteur a prouvé que la cause apparente de l'obligation est fausse, c'est au créancier à prouver qu'il existe une autre cause licite sur laquelle peut s'établir son droit (2).

En supposant la preuve faite, à quelles règles de fond, à quelles règles de forme est soumis le contrat simulé ? Les règles de fond et notamment les règles de capacité sont celles auxquelles serait soumis le contrat véritable ; au contraire, pour ce qui regarde la forme, il faut se rapporter à celles du contrat apparent (3).

Ainsi, en admettant — ce qui existe en fait — que l'on puisse consentir une donation sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, la donation sera révocable pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants ; elle sera nulle si elle est faite par une femme sans le consentement de son mari, etc....., parce que tous ces points touchent au fond même du droit. Et inversement, quoique les donations ne soient pas soumises aux prescriptions de l'article 1325, il faudra que l'écrit qui

(1) Metz, 2 avril 1813. *Collection nouvelle de Sirey*, tom. IV, 2e partie, 286.

(2) Cass., 9 fév. 1864 (S. 1864. I. 107).

(3) Cpr. *infrà* nos observations sur les donations déguisées en particulier.

constate l'opération porte à peine de nullité la mention du « fait double », parce que les règles des contrats synallagmatiques sont applicables en tout ce qui concerne *l'instrumentum*.

La simulation a pour effet nécessaire de rendre inapplicable la disposition de l'article 1132. « La convention n'est pas moins valable, dit cet article, quoique » la cause n'en soit pas exprimée. »

Il en résulte que l'acte sous-seing privé qui constatera une constitution de rente viagère, pourra ne pas exprimer la cause, si cette cause est réellement onéreuse.

Il a été jugé au contraire qu'une constitution de rente viagère est nulle si, dépourvue des formalités prescrites par les articles 931 et 1969 du Code civil, elle ne mentionne aucune cause onéreuse; si elle ne parle notamment que du désir de donner un témoignage de reconnaissance (1).

Il a été décidé dans le même sens : « Que l'écrit qui » se borne à la mention « *bon pour....* » sans énoncer aucune cause susceptible de lui imprimer le caractère d'une obligation à titre onéreux, et dont la seule cause invoquée par la partie qui prétend en bénéficier, consiste dans une intention de libéralité, ne saurait, à défaut de motif intéressé venant masquer la libéralité, être considéré comme une donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux » (2).

(1) Cass., 23 mai 1870 (S. 1870. I. 214).

(2) Cass., 23 mai 1876 (S. 1876. I. 342).

Quant aux effets de l'acte simulé dont la fraude est absente, ils sont les mêmes que ceux du contrat véritable que l'on a déguisé (1).

II. Voilà pour le cas où la simulation gît dans la nature du contrat ; examinons maintenant le cas où elle a lieu par interposition de personnes. — C'est la théorie du *prête-nom*.

« Le prête-nom est un mandataire dont le mandat » se produit sous la forme d'une vente, d'une cession » ou d'un autre acte par lequel le mandant investit » en apparence le mandataire de tous les droits de pro- » priétaire ou de maître de l'affaire (2). »

Le prête-nom peut faire tous les actes conservatoires de son droit apparent, et ces actes profiteront au *dominus rei* (3). Bien plus, étant mandataire, il peut *acquérir* en faveur de son mandant, soit des droits réels, soit des droits de créance. Mais, dans ce cas, le mandant est-il l'ayant-cause du prête-nom ou l'ayant-cause direct du tiers avec lequel le prête-nom a traité?

L'intérêt de la question est sensible.

Si le mandant est l'ayant-cause du prête-nom, il y a deux cessions, deux acquisitions, deux ventes ; l'une

(1) Il en résulte que les juges doivent écouter la partie qui demanderait à faire la preuve de la simulation, afin d'empêcher que l'autre n'abusât du caractère apparent de l'acte simulé pour faire produire à cet acte des effets différents de ceux que devraient engendrer les conventions réellement intervenues entre elles. (Aubry et Rau, tom. I, pag. 116. V. les arrêts cités par ces auteurs).

(2) Aubry et Rau, 4e édit., tom. IV, 635.

(3) Cass., 15 juin 1813 (S. 13. I. 376).

en faveur de ce dernier, l'autre en faveur du mandant. Dès lors, l'enregistrement pourra réclamer un double droit de mutation, et pour que cette mutation soit opposable aux tiers, il faudra une double transcription s'il s'agit de droits immobiliers (1), une double signification s'il s'agit du transport d'un droit de créance. Enfin le mandant, s'il est l'ayant-cause du prête-nom, se verra repoussé par toutes les exceptions qui naissent du chef de ce dernier : et si le prête-nom est en faillite, le mandant ne pourra réclamer qu'un dividende.

Au contraire, si le mandant est l'ayant-cause direct du tiers avec lequel le prête-nom a traité, il n'y a qu'une seule mutation, et toute l'affaire passe sur la tête de l'intermédiaire, sans qu'aucune exception puisse naître de son chef.

D'une manière générale, en Droit français, le mandant n'est pas l'ayant-cause du mandataire, mais l'ayant-cause direct du tiers avec lequel le mandataire a traité. D'où peut donc venir la difficulté? Elle vient de ce qu'il est admis, soit en théorie, soit en jurisprudence (2), que le prête-nom s'oblige directement vis-à-vis des tiers et les oblige directement envers lui. Et cela dans toutes les hypothèses : « Il est indifférent » sous ce rapport, disent MM. Aubry et Rau, que les

(1) La question peut présenter de l'intérêt à d'autres points de vue et notamment au point de vue hypothécaire. Si la propriété d'un bien immobilier réside ne fut-ce qu'un instant de raison sur la tête du prête-nom, le bien ne passe au mandant que grevé des hypothèques légales qui pesaient sur les autres biens du mandataire.

(2) Aubry et Rau, tom. IV, 4e édit., pag. 636; Pont, tom. VIII, nº 1080 ; Cass., 25 janv. 1864 (S. 1864. I. 105).

» tiers aient connu ou non la véritable qualité de celui » avec lequel ils ont traité. » Dans ce système, le prête-nom est toujours soumis aux lois qui régissaient le mandataire à Rome, et tous les droits, soit de propriété, soit de créance, doivent d'abord se fixer sur sa tête avant de passer sur celle du mandant.

Nous rejetons cette théorie parce qu'elle est trop absolue. Privés de tout texte de loi, nous devons nous rattacher pour régler le cas à « l'intention présumée des parties ». En dehors de cette intention, il est impossible de donner à la solution une base juridique quelconque.

Or, si le tiers a ignoré la qualité du prête-nom, il l'a nécessairement considéré comme maître de l'affaire. C'est donc à lui qu'il a voulu vendre, céder, louer, etc. Le prête-nom à raison de cette volonté, est le véritable titulaire du droit acquis, et s'il le cède à son mandant, celui-ci est son ayant-cause.

Au contraire, si le tiers a connu la véritable qualité du prête-nom, s'il a eu connaissance du mandat, il faut, selon nous, laisser aux juges le soin d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si ce n'est pas avec le mandant qu'au fond le tiers a voulu traiter.

Les auteurs que nous citions tout à l'heure sont les premiers, remarquons-le, à battre en brèche le principe absolu adopté par eux tout d'abord. Ils ajoutent, en effet (1) : « Le mandant ne peut, au regard des » tiers, critiquer les actes passés par le prête-nom,

(1) *Ibid.*

» sous le prétexte qu'il aurait dépassé les limites de » ses pouvoirs, à moins toutefois qu'il n'ait obtenu » connaissance de l'objet et de l'étendue de son man- » dat. » C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation dans un arrêt du 9 février 1848 (1), malgré une consultation en sens contraire de MM. Piet et Vatismesnil. L'argumentation de ces jurisconsultes était principalement tirée de l'art. 1321, aux termes duquel les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes. « Mais la question, » dit M. Pont (2), n'était pas de savoir si les sitipu- » lations de la contre-lettre étaient ou non opposables » aux tiers ; il s'agissait de décider si, lorsqu'en trai- » tant avec un prête-nom, les tiers ont connu cette » qualité, soit au moyen d'une contre-lettre qui a passé » sous leurs yeux, soit d'une manière quelconque, ils » ne savaient pas, par cela même, qu'ils traitaient avec » un mandataire et non avec le maître de l'affaire. » La raison nous paraît topique et applicable non pas seulement au cas où l'on conteste l'étendue des pouvoirs du prête-nom, mais encore à celui où le débat s'agite sur sa qualité de maître de l'affaire.

Il nous reste à nous demander si l'on peut agir en justice à l'aide d'un prête-nom. La jurisprudence est fixée dans le sens de l'affirmative (3). Elle accorde

(1) S. 48. I. 481.

(2) *Loc. cit.*

(3) Montpellier, 9 mai 1851 (D. P. 1854. 2. 14); Poitiers, 17 août 1854 (D. P. 1855. 2. 280); Cass., 25 janvier 1864 (S. 1864. I. 105); Aix, 7 avril 1870 (S. 1872. 2. 36); Cass., 29 juillet 1874 (S. 1875. I, 78). Voir sur la question un excellent article de M. Naquet, professeur à la Faculté de droit d'Aix (*Revue critique*, 1875, page 657).

cette faculté, pourvu cependant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour l'adversaire. Un créancier, par exemple, ne voulant pas poursuivre personnellement son débiteur, cède fictivement sa créance à un tiers. Celui-ci ne peut être repoussé par le débiteur, sous prétexte que, n'étant que le prête-nom du mandant, il n'a pas qualité pour agir.

Cette solution nous paraît cependant contraire à la maxime : « *Nul ne plaide par procureur* » admise par la jurisprudence. Ce brocard signifie que nul ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul en nom dans l'instance. Or, tel est bien le cas du prête-nom. La Cour de Cassation réplique, à la vérité, que s'il figure seul en nom, il ne figure pas comme *mandataire*, mais bien comme *maître de l'affaire*. Cet argument n'est pas décisif. En se présentant comme maître de l'affaire, le prête-nom élude par un détour une maxime à laquelle on a donné force de loi. Or, la simulation devient alors *frauduleuse*, et de quel droit prétendrait-on faire indirectement ce que l'on ne pourrait faire directement ?

Il vaudrait mieux, si l'on veut justifier la jurisprudence, se placer au point de vue utilitaire. Cette dérogation à un principe, qui d'ailleurs tend à disparaître de plus en plus, a été commandée par les besoins de la pratique et notamment par ceux du commerce. Il serait fâcheux, en effet, que le souscripteur d'un effet négocié ne pût être poursuivi par les endosseurs, sous prétexte que ceux-ci ont fait avec leur cédant des stipulations secrètes relativement à ce billet. Il y aurait là une atteinte grave portée au crédit.

Telle est la théorie du prête-nom en ce qu'elle a de spécial. Sur les autres points, que nous n'avons pas traités, il faut s'en référer purement et simplement aux règles du mandat.

CHAPITRE II.

DE LA SIMULATION FRAUDULEUSE.

SECTION PREMIÈRE

DES ACTES JURIDIQUES QUI PEUVENT ÊTRE ARGUÉS DE SIMULATION.

Nous allons nous occuper dans ce chapitre de la simulation frauduleuse c'est-à-dire de celle qui est pratiquée en vue d'éluder la loi ou de préjudicier aux tiers.

I. En dehors des cas où il s'agit de se soustraire à une loi fiscale et sur lesquels nous reviendrons dans un chapitre spécial; la simulation organisée en fraude, la loi a pour but ou d'éluder une disposition prohibitive ou de revêtir une convention de priviléges que son caractère vrai ne lui ferait pas obtenir.

Ainsi, par exemple, quand, dans l'hypothèse de l'art. 909, le malade déguise une donation faite à son médecin sous le couvert d'une vente, il a pour but d'éluder une loi *prohibitive*. Quand une obligation civile ou commerciale est revêtue des formes d'une

lettre de change, en dehors de tout contrat de change, la supposition de qualité, de domicile ou de lieux (art. 112, C. civ.) a pour but de lier le débiteur d'une manière plus stricte que ne le ferait un billet ordinaire et de rendre ainsi privilégiée, en quelque manière, la situation du créancier (1).

II. La simulation est faite en fraude des tiers lorsque les parties en perpétrant l'acte simulé ont directement pour but de leur nuire, lorsque par exemple, une personne feint de vendre tous ses immeubles à une autre pour les soustraire à une saisie immobilière imminente, étant d'ailleurs bien entendu entre elles que cette vente n'est que simulée et que le prétendu vendeur reste propriétaire.

Il arrive ordinairement que la simulation, faite en fraude de la loi, est indirectement préjudiciable aux tiers, aux créanciers dont elle diminue les droits, et il est toujours vrai de dire que la simulation faite en fraude des tiers est une atteinte à la loi et notamment à l'art. 2092 que l'on veut éluder. Cependant il importe de ne pas confondre ces deux genres de simulation. La simulation quand elle s'attaque directement à la loi est, en général, plus sévèrement réprimée que quand elle s'attaque directement aux tiers.

Mais nous constaterons que cette connexité amène

(1) On sait notamment que dans la lettre de change :

1° Les parties sont dispensées des formalités de l'article 1326 du Code civil ;

2° Il y a solidarité entre les différents signataires ;

3° Les cédants sont garants de la solvabilité du débiteur quoiqu'ils ne s'y soient pas engagés.

des résultats importants ; c'est ainsi que la simulation dirigée contre les tiers peut être poursuivie en dehors des limites tracées par l'art. 1167 ; c'est ainsi que l'on pourra quereller un acte simulé quand il ne sera devenu dommageable aux tiers que *ex post facto*. Toutes ces propositions seront développées plus loin.

Demandons-nous tout d'abord quels actes peuvent être argués de simulation frauduleuse.

En général tous les actes juridiques peuvent être argués de simulation frauduleuse. Quelques-uns font cependant exception, parmi ces derniers nous citerons le *mariage*.

L'art. 909 dont nous parlions tout à l'heure dispose que « les docteurs en médecine ou en chirurgie, les » officiers de santé et les pharmaciens qui auront » traité une personne pendant la maladie dont elle » meurt, ne pourront profiter des dispositions entre- » vifs ou testamentaires qu'elle aurait faite en leur » faveur pendant le cours de cette maladie. » On s'accorde généralement à reconnaître que cette prohibition ne s'applique pas au médecin qui est le mari de la malade (1). Supposons donc que pour éluder la prohibition la malade épouse le médecin. Quel sera le sort de cette union ? Evidemment elle est frauduleuse dans sa *cause* et simulée quant aux dispositions des époux. Nous avons vu le droit romain annuler des *nuptiæ* et des divorces accomplis dans des conditions semblables.

(1) Aubry et Rau, tome VII, page 34. — Demolombe, tome XVIII, page 539.

Dans l'ancien droit un mariage tel que celui que nous discutons eut été dépourvu de tout effet civil, car tel était le sort des mariages *in extremis* (1). Mais, sous le Code civil, il est valable sous tous les rapports puisqu'il n'est infecté d'aucun des vices dirimants formellement prévus par la loi.

Le mariage en droit français n'est pas soumis à la théorie générale des contrats. Les règles générales relatives soit à la *cause* soit au *consentement* ne lui sont pas applicables. Toutes les dispositions légales en cette matière sont contenues dans le titre spécial *au mariage* et l'on ne voit pas que la simulation ou la fraude à la loi y soient énumérées parmi les causes de nullité.

Mais que décider quant à la libéralité qui l'a suivi? Il faut dire que cette libéralité est nulle. En effet, l'exception à l'art. 909 créée en faveur du mari, n'est pas écrite dans la loi. Elle ne repose que sur l'intention prêtée au législateur de tolérer en cette matière les libéralités dictées par une affection légitime. Et l'art. 909 reprend son empire quand il est prouvé que le mari abuse de sa situation et de sa qualité de médecin pour influencer sa femme. A plus forte raison l'article doit-il être appliqué quand la qualité de mari n'a été revêtue par le médecin que dans le but d'éluder hypocritement la loi (2).

Supposons un mariage depuis longtemps projeté et contracté *in extremis* soit par affection, soit pour ac-

(1) Pothier, *du Contrat de Mariage*, n° 426 à 436.

(2) Cass. 21 août 1822. (S. 23. 1. 100).

complir une promesse ; s'il est suivi de libéralités, on décide assez généralement que l'art. 909 ne doit pas être appliqué. Les préparatifs faits de longue main excluent l'idée de captation. Qu'arrivera-t-il si les libéralités ont été faites par *contrat de mariage*? En faveur de l'invalidation on peut dire que les donations ont eu lieu avant que le médecin eut la qualité de mari. Mais on fait remarquer dans le sens contraire que le contrat de mariage n'a d'effet que du jour du mariage ; qu'il fait corps avec cet acte solennel auquel il emprunte sa moralité. Nous préférons cette dernière opinion étant d'ailleurs convenu, par hypothèse, que le mariage lui-même n'est pas entaché de fraude.

La simulation, nous venons de le voir, peut, dans certains cas, vicier les libéralités qui accompagnent ou suivent le mariage ; mais elle ne peut annuler le mariage lui-même. Nous appliquerons les mêmes principes à l'*adoption*, *à la reconnaissance d'un enfant naturel*. Un médecin, en supposant d'ailleurs qu'il soit dans les conditions voulues, se fait adopter par son malade, ou se fait reconnaître par lui comme son enfant naturel ; résulterait-il des faits de la cause que ces actes ont éte accomplis pour tourner les dispositions de l'art. 909, ils n'en resteraient pas moins valables. Car le lien de famille, une fois formé, ne peut être brisé que dans le cas formellement prévu par le législateur et la simulation n'est pas un de ces cas.

Cependant il faut noter, quant à la reconnaissance de l'enfant naturel, que les héritiers de celui qui a re-

connu l'enfant, ainsi que les autres personnes qui l'auraient reconnu, peuvent critiquer la reconnaissance (339). Mais fut-il démontré que le but principal du prétendu père en reconnaissant l'enfant a été de lui faire des libéralités au-delà du *modus* déterminé par l'art. 909, il n'en résulterait nullement que le lien de la filiation fut fictif et que l'acte de reconnaissance dut tomber. On conçoit que ce sont là deux ordres d'idées tout-à-fait différents.

Un acte authentique peut-il être attaqué comme simulé en dehors de la procédure d'inscription de faux ?

On a essayé de soutenir la négative. Mais la doctrine et la jurisprudence ont fait justice de la confusion sur laquelle s'étayait cette doctrine. Il y a dans les actes authentiques deux séries d'affirmations bien distinctes. Il y a d'abord la déclaration de l'officier public certifiant *de visu* et *de auditu*, que tels faits se sont passés devant lui, en tel lieu, à telle date, que tels avis ont été prononcés par les parties. Ces assertions du notaire ou du greffier, etc., sont inexpugnables jusqu'à *inscription de faux*. Puis il y a ces dires, considérés en eux-mêmes, leur véracité, la portée plus ou moins sérieuse des faits qui se sont passés devant le notaire et sur ce point la preuve contraire est admise. Cette preuve, si elle est administrée, ne diminue en rien l'honorabilité de l'officier public, puisque, en somme, ne pouvant pénétrer dans l'intimité de ses clients, il n'a pas dû certifier qu'ils disaient une chose vraie, qu'ils faisaient une chose sérieuse. On voit par là que la preuve de la

simulation est recevable même contre un acte authentique. La jurisprudence d'ailleurs ne cesse de le décider (1).

Les actes simulés, revêtus de la forme judiciaire, n'échappent pas à la règle générale. Il serait autrement par trop facile de déguiser les libéralités prohibées. D'ailleurs la fraude corrompt tout, et puisque l'action Paulienne est admissible, même contre les jugements, sous la forme de la *tierce-opposition*, à plus forte raison doit-on pouvoir attaquer par l'action en simulation les contrats simulés qui n'ont d'un jugement que la forme extérieure.

Si donc le père de famille, pour avantager *ultra modum* un de ses enfants, collude avec lui et se laisse condamner à lui payer le montant d'une obligation fictive, il n'est pas douteux que les autres héritiers réservataires puissent prouver la simulation dont cette manœuvre est entachée et faire réduire la libéralité.

On pourrait opposer l'art. 1351.

Mais remarquons que la présomption tirée de l'autorité de la chose jugée est inapplicable, s'il n'y a pas dans les instances *identité de personnes*. Or, ici il n'y a point identité.

En effet, les héritiers réservataires qui intentent l'action en réduction agissent non pas comme représentants du défunt, mais comme étant investis par la loi d'un droit propre qui naît en leur personne (2).

(1) Cass. 22 mars 1875. (S. 1876. I. 111).—Montpellier, 8 fév. 1876 (S. 1876. 2. 295). V. surtout Cass. 13 juillet 1874. — (S. 1874. I. 469).

(2) Demolombe, XIX, n° 208.

Donc, sous ce rapport, ce sont des tiers vis-à-vis du *de cujus*, et les décisions rendues contre lui ne leur sont pas opposables, puisqu'il ne les représente pas dans l'instance.

La difficulté est plus grande si le demandeur en simulation critique un jugement dans lequel il a été partie.

Si, par exemple, un débiteur condamné à payer une somme en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée soutient que la somme demandée et allouée contenait des intérêts usuraires, doit-il être écouté ? En faveur de la négative, on invoque la règle si précise et si absolue de l'art. 1351. Quelle est, dit-on, la condamnation qui serait à l'abri de la critique, si l'on adoptait une pareille jurisprudence? Sous prétexte de fraude à la loi d'usure, etc., on pourrait faire revivre tous les anciens litiges. La sécurité sociale, la dignité de la justice sont intéressées à ce que les décisions judiciaires contre lesquelles on ne s'est pas pourvu en temps utile, obtiennent leur plein et entier effet.

En faveur de l'affirmative, on démontre, sans beaucoup de difficulté, que, dans le système contraire, la fraude à la loi va se rendre inexpugnable. Les contrats usuraires ne se feront plus qu'à l'aide d'un jugement d'expédient. Les créanciers colluderont avec les débiteurs sous la forme d'une transaction enregistrée par la justice, et quand on voudra démontrer l'immoralité du procédé, on invoquera l'autorité de la chose jugée et l'on pourra profiter d'un habile larcin.

La première opinion paraît prévaloir en Jurisprudence (1).

Quant à nous, nous proposerions une distinction. Ou le demandeur veut prouver qu'il a simplement omis un moyen de défense, et alors nous le déclarerions irrecevable dans sa demande; ou bien il offre d'établir qu'il a *colludé* avec le créancier à l'effet de déguiser un emprunt usuraire sous le masque d'une condamnation et alors nous l'admettrions à faire cette preuve.

Dans ce cas, en effet, il ne va pas contre l'art. 1351. Il veut simplement démontrer que le jugement qu'on lui oppose n'est pas une décision judiciaire véritable, qu'elle constitue un simple jugement d'expédient, lequel au point de vue du fond, ne saurait avoir plus d'effet qu'une transaction ordinaire (2).

(1) V. Toulouse, 31 juillet 1829 (S. 1830. 2. 132). — Nîmes, 14 décembre 1839 (S. 1839. 2. 244). — Cass. 27 mai 1840 (S. 1840. 1. 620). — Cass. 13 avril 1841 (S. 1841. 1. 637). — Cass. 8 mai 1847 (S. 1847. 1. 470).

Mais il y a quelques arrêts en sens contraire, notamment deux arrêts de la Chambre des requêtes, l'un du 28 mars 1811, l'autre du 18 janvier 1815; et enfin un arrêt de la Cour de Bourges, du 2 juin 1831 (S. 32. 2. 120). Voir Dalloz, *Répertoire*, *chose jugée*, §§ 205 et 206.

(2) Ce dernier principe a été mis en lumière par la Cour de Cassation dans un arrêt remarquable du 11 novembre 1873 (S. 1874. 1. 374). Attendu, dit un des considérants de cet arrêt, « qu'un arrêt d'homologa-« tion sollicité et obtenu sous la forme d'un arrêt d'accord en l'absence « de tout débat, et des cas où la loi prescrit ou autorise l'intervention « de la justice ne présente point le caractère d'une décision contentieuse » de nature à passer en force de chose jugée, que sa force obligatoire » n'est pas différente de celle qui peut s'attacher à la transaction privée » à laquelle elle s'applique... Casse, etc... »

Ici, l'expédient était manifeste; mais la solution nous paraîtrait devoir être la même s'il s'agissait d'un *jugement d'expédient* déguisé sous les apparences d'un débat plus ou moins habile, plus ou moins prolongé.

Or, une transaction ordinaire, cela n'est douteux pour personne, peut être attaquée ou annulée, lorsqu'elle voile l'usure.

Maintenant, dans quelles formes ce *jugement d'expédient*, cette *transaction judiciaire* peut-elle être attaquée ? La question ne peut se poser que s'il s'agit d'impugner l'acte par *voie principale* ; car s'il n'est critiqué qu'incidemment, l'exception de simulation se résout comme toutes les autres exceptions, dans les formes ordinaires. Au contraire, procède-t-on par voie principale, les auteurs sont divisés sur la question de savoir s'il faut ou non employer les voies extraordinaires spécialement établies pour attaquer les jugements.

MM. Aubry et Rau (1) se prononcent dans le sens le plus rigoureux. Nous croyons toutefois avec Merlin (2) qu'il n'est pas nécessaire de recourir aux voies extraordinaires ; d'abord parce qu'il serait souvent impossible d'arriver par ces sortes de voies ; et, en second lieu, parce que c'est à tort que l'on voudrait assimiler les jugements d'expédient à des jugements ordinaires. — On peut, à la rigueur, leur accorder l'hypothèque judiciaire puisque d'après l'art. 2117 elle résulte des actes judiciaires sans plus de précision. Mais pourquoi leur accorder l'autorité de la chose jugée ? Le juge ici n'a rien mûri, rien délibéré, et, par conséquent, il n'a rien jugé ; le pour et le contre n'ont pas été exposés devant lui. Il a peut-être prêté les mains, sans s'en douter, à une ma-

(1) Tome 4 (4e édit.) § 419, note 2.

(2) *Répert.* v° *Conv. matrimon.* § 2, et *Quest.* v° Appel, § 1, n° 6.

nœuvre frauduleuse, voilà à quoi s'est borné son rôle. Et, dès lors que vient-on parler dans ce cas de l'article 1351? Les jugements d'expédient sont commodes dans la pratique, mais ce ne sont que des transactions. Or, on sait que malgré l'article 2052 qui leur accorde l'autorité de la chose jugée, les transactions peuvent être arguées de simulation et attaquées par les voies ordinaires.

SECTION II.

DES PERSONNES QUI PEUVENT CRITIQUER UN ACTE SIMULÉ.

Après avoir vu quels actes peuvent être critiqués pour cause de simulation, demandons-nous quelles personnes peuvent les critiquer.

Et d'abord, les *parties contractantes* elles-mêmes sont-elles recevables à le faire?

Oui, si elles y ont intérêt.

Mais nous nous empressons de faire observer qu'en déclarant recevable la preuve de la simulation offerte par les parties, nous n'entendons point parler de la preuve *testimoniale*; nous parlons de la preuve *en général*. C'est pour n'avoir pas fait ces précisions, que l'on a rendu obscure une question qui ne l'est pas ou qui l'est très-peu. Il pourra donc se faire que, dans telle circonstance donnée, la preuve testimoniale ne soit pas admissible; nous traiterons ce point dans la section suivante. Nous soutenons seulement que le seul

fait d'avoir participé à un contrat ne rend pas *irrecevable* à prouver qu'il est simulé.

Etant admis que tout ce qui n'est point défendu est permis, demandons-nous s'il existe une règle juridique qui défende aux parties d'administrer cette preuve.

Oui, dit-on, il y a la maxime : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* »

On s'est élevé très-souvent et avec raison contre ces brocards qui n'ont pas un sens bien défini et qui, pris à la lettre, sont gros d'erreurs et de malentendus. Il en est ainsi notamment de la maxime que l'on nous oppose et il importe d'en bien déterminer le sens.

Veut-on dire que le demandeur doit-être repoussé par cela seul que le point de départ de son action est un fait, à lui personnel, contraire à la loi ou à l'honnêteté ?

S'il en est ainsi, le simulant qui voudra prouver la simulation succombera nécessairement devant la justice.

Mais nous ne craignons pas d'affirmer que le principe entendu dans ce sens est essentiellement faux.

Ainsi, on permet à un débiteur de prouver que la cause de son obligation est immorale ou illicite ; et par voie de suite, de se dispenser de l'exécuter. Mais en souscrivant cette obligation, le demandeur a participé à un fait déshonnête pourquoi ne pas lui fermer la bouche en lui disant : « *Nemo auditur*, etc. »

On permet à une jeune fille de demander des dommages-intérêts à l'auteur de sa grossesse, si les rela-

tions avaient été précédées de manœuvres dolosives et notamment d'une promesse de mariage (1). Or, à la base de l'action de la demanderesse, n'y a-t-il pas un fait déshonnête, par elle commis, que la promesse de mariage peut atténuer dans une certaine mesure aux yeux de la loi, mais qui, au fond, reste parfaitement immoral ?

Autre exemple : Le mari qui vend le fonds dotal, inaliénable, viole la loi et porte préjudice à sa femme. Néanmoins il peut demander la nullité de la vente (1560).

On voit donc que la règle prise dans son sens général est fausse et la jurisprudence que nous sachions ne l'a appliquée qu'à une *seule* hypothèse, celle-ci : On ne peut pas répéter ce qui a été payé à suite d'une obligation immorale et illicite. Une controverse des plus vives régnait sur ce point depuis la promulgation du Code civil. La Cour de cassation paraît l'avoir tranchée définitivement dans le sens que nous indiquons (2).

Voilà le *seul* cas d'application de notre maxime, voilà tout ce qu'elle signifie.

Elle ne prouve donc absolument rien contre notre thèse. Mais il est immoral, dit-on, de prouver que l'on

(1) Voir notamment Toulouse, 28 nov. 1864 et Rouen, 24 février 1865. S. (65, 2, 5).

(2) Cass. 15 déc. 1873. (S. 74, 1, 24). Encore la Cour de cassation consacre-t-elle une exception à ce principe dans le cas où le titulaire d'un office l'a vendu pour un prix *réel* supérieur au prix *apparent*. Elle permet à l'acquéreur de répéter la différence, s'il l'a payée. Nous ne croyons pas que cette exception soit justifiée.

a voulu frauder la loi ou frauder les tiers. Et il est convenable que l'on ne puisse pas être admis à le faire.

Alors comment entend-on expliquer les art. 1131 du Code civil et 122 du Code de commerce. Comment justifiera-t-on surtout le principe en vertu duquel, les nullités d'ordre public peuvent être invoquées même par les parties contractantes?

Conformément à l'opinion que nous défendons il a été jugé que la simulation peut être invoquée par les parties contractantes non seulement quand elle n'est accompagnée d'aucune fraude, de la part de celui qui en excipe (1), mais encore lorsqu'elle est frauduleuse (2). Jugé notamment qu'une partie qui emprunte la forme d'une aliénation dans le but de soustraire ses biens aux poursuites de ses créanciers, est recevable à opposer la simulation et à la prouver.

On invoque au sens contraire deux arrêts l'un de la Cour de Bruxelles en date du 23 janvier 1810 (3), l'autre de la Cour de Metz du 3 janvier 1811 (4); mais les prétentions des demandeurs ne furent repoussées dans ces deux espèces que parce qu'ils ne pouvaient produire un commencement de preuve par écrit; les arrêts se réfèrent donc non pas à l'admissibilité de

(1) Toulouse, 9 janv. 1830. (S. 21, 2, 112). Pau, 19 mai 1831. (S. 31, 2, 203.)

(2) Poitiers, 16 juillet 1846. (S. 46, 2, 256). Limoges, 28 novembre 1849. (S. 51, 2, 413) Aix, 25 janv. 1871. (S. 71, 2, 264). Cp. Cass. 16 nov. 1859. (S. 1860, 1, 266).

(3) Collect. nouv. de Sirey, 3, 2, 193.

(4) C. n. (S. 3, 2, 386).

la preuve en général, mais à l'admissibilité de la preuve testimoniale en particulier. On ne peut pas nous les opposer.

Un mari, pour assurer à sa femme des reprises plus considérables, lui fait une reconnaissance fictive de dot, cette reconnaissance est-elle un titre contre la femme en faveur des héritiers de ses père et mère (qui sont supposés l'avoir dotée), pour l'obliger de rapporter à leur succession le montant de sa prétendue dot, sans qu'elle puisse exciper de la simulation de la quittance. La Cour de Lyon, par un arrêt du 9 messidor an X (1), a répondu affirmativement; mais cette décision ne peut encore servir de titre à nos adversaires, car. à la manière dont l'arrêt est rapporté dans les recueils, il est impossible de comprendre si la femme a été repoussée parce qu'elle avait été portée dans le contrat de mariage ou seulement parce qu'elle ne pouvait pas appuyer ses prétentions sur un commencement de preuve par écrit.

Nous ne pourrions pas en dire autant d'un arrêt de la Cour de Chambéry, en date du 6 mai 1861 (2), qui condamne notre proposition en principe. — Mais cet arrêt, d'ailleurs isolé, est critiqué par les meilleurs jurisconsultes (3).

Si les parties contractantes sont admises à prouver la simulation de l'acte qu'elles ont souscrit, à plus forte raison les tiers y seront-ils recevables. Nous en-

(1) S. 7, 2, 1201.
(2) S. 61, 2, 563.
(3) Aubry et Rau, 4e édit., tom. I, page 116.

tendons par *tiers* toute personne qui n'a pas signé l'acte et qui a intérêt à le critiquer. Dans cette catégorie, nous rangeons en première ligne les *créanciers* des parties.

Et, par exemple, Primus feint de vendre un de ses immeubles à Secundus pour le soustraire à une saisie; ou bien encore il souscrit un bail à long terme, en s'engageant à payer des loyers frauduleusement exagérés. Dans toutes ces hypothèses, les créanciers de Primus peuvent agir et faire déclarer par la justice que ces actes, en tout ou en partie sont simulés (1).

Mais sur quel principe repose, dans ce cas, l'action des demandeurs? Est-ce sur le principe de l'art. 1166, ou sur celui de l'art. 1167. Nous pensons qu'elle est également étrangère à ces deux articles.

Et d'abord, l'action ne repose pas sur l'art. 1166; car, si le créancier agissait au nom de son débiteur, il ne pourrait agir que par les mêmes moyens et dans les mêmes conditions. Or, nous verrons dans la section suivante que l'action des créanciers est parfois plus favorisée que celle des parties contractantes; que, notamment, ils peuvent prouver la simulation, sans avoir un commencement de preuve par écrit, tandis que, le plus souvent, les parties contractantes ne le peuvent pas.

Ce n'est donc pas la même action qu'ils mettent en jeu, et cela est d'ailleurs parfaitement rationnel. Est-il logique que les créanciers qui sont *directement* lésés

(1) Cass. 2 févr. 1852. (S. 52, 1, 234).

par la simulation n'aient qu'une action *indirecte?* qu'ils puissent être repoussés par les exceptions naissant du chef de leur débiteur et que leur droit soit à la merci de ce dernier? évidemment non ; et les traditions juridiques attestent que le créancier qui se plaint de la *fraude* de son débiteur n'a jamais dû emprunter et mettre en mouvement le droit d'action de ce dernier ; il a toujours eu pour agir un *droit propre et direct.*

L'article 1166 étant ainsi repoussé, nous nous trouvons en présence de l'article 1167. Nous pensons encore que cet article ne peut servir de base à l'action en *simulation.* En effet, l'action Paulienne a pour but de faire rescinder un acte juridique, c'est-à-dire de faire briser un lien qui s'était réellement formé, ou de faire rétablir un lien qui s'était réellement brisé. L'action en simulation, au contraire, qu'a-t-elle pour objet? Elle a pour objet tantôt de faire reconnaître qu'aucun lien nouveau ne s'est réellement formé qu'aucun lien ne s'est brisé, que l'ordre des choses antérieur est resté intact ; tantôt de prouver que, si le patrimoine du débiteur s'est modifié, il ne s'est pas modifié conformément aux apparences ; et alors on demande, remarquons-le bien, non pas la destruction de l'acte qui a été fait, mais, au contraire, sa proclamation et son maintien, et simplement la destruction d'un *instrumentum* mensonger. Mais, dans aucun cas, il ne s'agit de rescinder un acte juridique— le mot *acte* étant pris dans son sens vrai, *quid actum sit* —; dans aucun cas par conséquent, il ne saurait y avoir lieu à l'action Paulienne.

Sur quelles bases établirons-nous alors les droits du créancier? D'après nous, ce droit repose *directement* sur les articles 2092 et 2093 du Code civil (1). Qui veut la fin veut les moyens. La loi accorde au créancier un droit de gage imparfait sur les biens de son débiteur; elle doit donc lui accorder aussi les moyens de faire valoir son droit, et quand le débiteur, à l'aide d'une manœuvre frauduleuse, veut mettre un obstacle à l'action éventuelle des créanciers, ceux-ci doivent pouvoir le faire disparaître. Tel est le principe de l'action en simulation. Elle est moins exorbitante que l'action Paulienne, parce que l'action Paulienne a pour but de faire *rentrer* dans le patrimoine du débiteur une valeur qui en était déja sortie, tandis que l'action en simulation tend à prouver que cette valeur *existe* réellement *dans le patrimoine*, qu'elle n'en est pas sortie, et que par conséquent elle est comme toutes les autres du droit de gage imparfait établi par la loi.

L'action en simulation est, en quelque sorte, une action en reconnaissance; le créancier a le droit d'assigner le débiteur récalcitrant en reconnaissance de la dette; si le remboursement de celle-ci est assuré par un gage, le créancier peut assigner son débiteur en reconnaissance du droit de gage; de même si, au lieu d'être parfait et de résulter d'une convention, le droit de gage est imparfait et découle de la loi, le créancier peut assigner le débiteur pour faire reconnaître que

(1) Sic Varambon, *Revue pratique*, tome 3, page 347. — Aubry et Rau, tome 4, 4e édit., page 146.

son droit s'étend sur telle ou telle partie du patrimoine que les manœuvres du débiteur tendent à dissimuler.

La distinction que nous avons cherché à établir entre l'action en simulation et l'action Paulienne n'a malheureusement pas toujours été observée dans la pratique. MM. Aubry et Rau le constatent et le regrettent (1) ; mais ces éminents auteurs ont-ils eux-mêmes évité cette confusion, quand après avoir écrit (2) : « Si, dans » un acte de vente, une partie du prix avait été simu- » lée et payée au vendeur, les créanciers, même sim- » plement chirographaires, de ce dernier, seraient ad- » mis à faire annuler ce paiement comme frauduleux » pour faire valoir leur droit sur la somme payée » , ils citent en note et à l'appui de leur assertion un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juillet 1857 (3). Cet arrêt selon nous n'a pas du tout trait à l'action Paulienne. Voici ce dont il s'agissait. L'espèce étant longue et compliquée, nous n'en ferons connaître que la partie qui se réfère à notre point de droit.

Un sieur G avait vendu à un sieur H un immeuble pour 80,000 fr. H remplit les formalités de la purge et offre ce prix aux créanciers inscrits, un ordre s'ouvre et, après la clôture, les créanciers de G demandent à prouver la simulation du prix et font une saisie-arrêt du prix occulte.

(1) Note 49 *in fine* du § 313, 4e édit., t. 4, p. 146. V. les nombreux arrêts cités dans cette note.

(2) *Ibid.*, p. 135.

(3) S. 58, 1, 107.

La Cour de Lyon avait déclaré les créanciers irrecevables dans leur demande, dans tous les cas mal fondés, motif pris de ce que les formalités de la purge avaient fait passer le domaine dans les mains du sieur H franc et libre de tout droit de suite. Cette décision était mauvaise ; en effet, le droit des créanciers sur le prix de vente d'un immeuble est absolument indépendant du droit de suite ; la créance du vendeur contre l'acheteur est, comme tous ses autres biens, soumise au droit de gage imparfait que l'art. 2093 accorde même aux créanciers chirographaires, quoique ces derniers n'aient jamais eu aucun droit de suite sur les biens de leur débiteur.

L'arrêt de la Cour de Lyon devait donc être cassé et il le fut, en effet ; seulement la Cour suprême motiva mal sa décision : « Attendu, dit-elle, que si les créan- » ciers prétendent qu'une partie du prix a été dissi- » mulée en fraude de leurs droits, ils ont à cet égard, » notamment contre l'acquéreur, l'action autorisée » par l'art. 1167, sans qu'aucun obstacle puisse résul- » ter contre l'exercice de cette action, de ce fait que la » purge aurait été opérée et l'immeuble affranchi » entre les mains de l'acquéreur de tout droit de suite » des créanciers. »

Mais ce n'était pas le cas d'invoquer les principes de l'action Paulienne, il ne s'agissait dans l'espèce que d'une simple action en simulation. En effet, les créanciers ne demandaient la révocation d'aucun acte ; ils demandaient seulement que l'on ouvrit un ordre

supplémentaire dans lequel ils auraient produit. Il n'y a là rien qui ressemble à une application quelconque de l'art. 1167.

Dans des espèces semblables à celles que nous venons d'étudier, on a essayé de repousser les créanciers hypothécaires, parce qu'ils n'avaient pas fait la surenchère du dixième (1). Mais aujourd'hui il est universellement admis, en doctrine et en jurisprudence (2), que les créanciers hypothécaires qui n'ont pas enchéri sont recevables à intenter l'action en simulation.

Le droit de surenchère est, en effet, un droit précieux mais aussi un droit onéreux. Il expose celui qui l'exerce à rester adjudicataire d'un immeuble dont la valeur dépasserait de beaucoup sa fortune. Le créancier a donc parfois intérêt à négliger cette voie incommode; souvent il vaudra mieux pour lui établir que le prix attribué dans l'ordre est inférieur au prix réel, et réclamer par suite l'ouverture d'un ordre supplémentaire.

A propos des droits des créanciers, nous avons été amenés à démontrer que l'action en simulation diffère par sa nature de l'action Paulienne. Nous allons maintenant tirer quelques conséquences de ce principe :

1° L'action Paulienne ne peut être exercée qu'après constatation de l'insolvabilité du débiteur et contre les actes qui ont amené ou augmenté cette insolvabilité. C'est-à-dire qu'il faut l'*eventus damni*. Cette

(1) Bourges, 25 mai 1827. (S. 29, 2, 199).

(2) Aubry et Rau, 4e édit., tome 2, § 294, texte, page 533, note 102. Cass. 20 avril 1839 (S. 39. I. 435).

condition n'est pas exigée pour l'exercice de l'action en *simulation*. D'après nous, le fait d'intenter cette action ne constitue qu'un acte conservatoire; or, les actes conservatoires peuvent être exercés par le créancier indépendamment de la solvabilité ou de l'insolvabilité du débiteur.

Il n'est pas douteux pour nous que l'action en simulation puisse être intentée par les créanciers à terme et même par les créanciers conditionnels (1180). Peuvent-ils, au contraire, exercer l'action Paulienne ? La question est controversée (1).

2° En ce qui concerne le *consilium fraudis*, il faut, dans l'action Paulienne, distinguer entre l'acquéreur à titre onéreux et l'acquéreur à titre gratuit; le premier doit être complice de la fraude pour que l'action Paulienne soit utilement dirigée contre lui; quant au second, cette condition n'est pas requise. Dans l'action en simulation, il n'y a pas lieu de faire ces distinctions ; les simulants ont su qu'ils ne faisaient pas un acte sérieux, on peut donc établir contre chacun d'eux le véritable caractère de l'acte qu'il soit ou non à titre onéreux, qu'ils aient ou non pesé toutes ses conséquences ultérieures.

En ce qui touche les sous-acquéreurs, on fait, quand il s'agit de l'action Paulienne, la même distinction que pour les acquéreurs eux-mêmes.

Dans l'action en simulation, au contraire, M. Lau-

(1) Demolombe, XXV, pag. 237 et suiv. Le savant doyen de Caen se prononce pour l'affirmative qui nous paraît en effet préférable.

rent (1) admet que les sous-acquéreurs, qu'ils soient ou non de mauvaise foi, peuvent toujours être recherchés en vertu de la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Partant de ce principe, il critique un arrêt de la Cour de Cassation du 2 février 1852 (2), décidant qu'un bail simulé, consenti par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers, doit être maintenu à l'égard de l'acquéreur de bonne foi de l'immeuble loué. Nous pensons que cette critique n'est pas fondée. La Cour de Cassation pouvait et devait décider comme elle l'a fait, non pas en vertu de l'art. 1167 qui, nous le reconnaissons, n'était pas applicable dans l'espèce, mais en vertu de l'art. 1321, aux termes duquel les tiers, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été parties au contrat, et, par conséquent, les sous-acquéreurs, ont le droit, pourvu qu'ils soient de bonne foi, de tenir pour sincère et véritable l'acte entaché de simulation. Qu'il s'agisse d'un acte à titre onéreux ou à titre gratuit, la contre-lettre ne leur est pas opposable; et l'aveu verbal du premier vendeur le serait encore beaucoup moins. La loi, par une disposition expresse, leur permet de considérer comme vrai ce qui n'avait que l'apparence du vrai.

3° L'action Paulienne n'appartient qu'aux créanciers dont les créances remontent à une époque antérieure à l'acte attaqué (3).

(1) *Principes du Droit civil français*, t. XVI, p 574 et suiv.

(2) S. 52, I, 234.

(3) A moins toutefois que le titre attaqué comme frauduleux ait eu précisément pour but de la part du débiteur de dépouiller à l'avance ses créanciers futurs de leurs droits sur l'actif (Cass. 2 févr. 1852. S. 52, 1, 234). Voir encore les considérants de l'arrêt indiqué dans la note suivante.

Il en est autrement pour l'action en simulation. Car le créancier a pour gage tous les biens de son débiteur que la date de leur acquisition soit antérieure ou postérieure à celle de la créance ; il a donc le droit de faire constater que tel bien fait partie du patrimoine de son débiteur, quoiqu'un écrit sans valeur puisse indiquer le contraire et que cet écrit ait une date antérieure à celle de la créance (1).

Telles sont les principales différences qui distinguent les deux actions. Maintenant constatons que dans l'une comme dans l'autre le créancier demandeur agit en vertu d'un droit *propre* et *indépendant* et que par conséquent la chose jugée entre lui et le tiers défendeur ne peut ni profiter ni nuire aux autres créanciers.

Pour faire écarter par rapport à eux l'effet de la simulation ils doivent intenter une action nouvelle, à moins que le tiers défendeur ainsi exposé à des recours multipliés n'ait appelé le débiteur en cause, auquel cas

(1) Aubry et Rau, 4e édit., t, 4, page 146 *in fine* et la note. *Non obst.* Cass. 7 févr. 1872. S. 72, 1, 73. Cet arrêt déclare « que la donation » déguisée faite par l'un des deux époux à l'autre dans leur contrat de » mariage notamment sous forme de reconnaissance d'apport, ne peut être » attaqué par les créanciers dont les droits ont pris naissance entre le » jour du contrat et celui de la célébration du mariage, qu'à la charge » de prouver que la dite donation a été faite par l'époux débiteur en vue » de l'avenir et pour enlever à des tiers avec lesquels il se proposait de » contracter les garanties qu'ils devaient nécessairement considérer » comme acquises à leurs créances. »

Est-ce à tort ou à raison que cet arrêt applique les règles de l'action Paulienne? L'action des créanciers, dans l'espèce, n'était-elle pas plutôt une action en simulation? Non, puisque les demandeurs voulaient faire *révoquer* une donation qui avait *réellement* eu lieu au profit de la femme. C'était donc véritablement une action Paulienne et la Cour de cassation a fait ici une exacte application des principes.

le jugement obtenu pour ou contre ce dernier profite ou nuit à ses créanciers conformément au droit commun.

Il va sans dire que l'action en simulation comme l'action Paulienne ne se prescrit que par trente ans, il ne saurait être question ici de la prescription décennale établie par l'art. 1304.

Nous avons supposé jusqu'ici que la simulation portait sur la nature même de l'acte ou sur une de ses clauses. La solution eut été la même en cas de simulation par interposition de personnes. Les créanciers d'un prête-nom qui s'oblige auraient le droit de démontrer que le débiteur n'a pas agi pour son compte, sans pouvoir cependant nuire à ceux qui ont acquis de bonne foi le droit apparent concédé par le prête-nom (1).

Les créanciers ont également le droit d'arguer un acte de simulation quand celle-ci porte sur la date du contrat. Nous ne disons pas que leur action soit toujours recevable; car très-souvent il importe peu aux créanciers chirographaires que l'obligation de leur débiteur ait été souscrite à telle époque de sa vie ou à telle autre. Pour être écoutés, ils doivent justifier qu'ils ont un intérêt quelconque à formuler leur demande. Nous ne disons pas non plus qu'ils puissent toujours bénéficier de la présomption établie par l'art. 1328. Nous reviendrons plus loin sur cette difficulté.

(1) Cpr. Cass 9 fév. 1848. S. 48; 1, 481. Pont., tome VIII. § 1097 et suiv.

Nous soutenons d'une manière générale que les créanciers peuvent démontrer la simulation aussi bien lorsqu'elle porte sur la date de l'obligation que lorsqu'elle porte sur une de ses clauses. Ainsi, en cas de faillite, qui leur refuserait le droit de démontrer l'antidate de billets souscrits ou d'aliénations consenties en réalité dans la période fatale ou même postérieurement à la déclaration de faillite?

Voilà ce que nous avions à dire touchant les *créanciers*. Qui faut-il ranger encore dans la catégorie *des tiers* dans cette matière?

Nous citerons d'abord l'*endosseur* d'une lettre de change entachée de supposition (112, C. Co.) Un pareil billet ne vaut que comme simple promesse et l'endosseur a intérêt à lui faire restituer son caractère, par exemple pour être déchargé de la solidarité. Seulement nous trouvons ici une disposition analogue à celle de l'art. 1321. La jurisprudence admet, avec raison selon nous, que l'exception de supposition n'est pas opposable au tiers porteur de bonne foi (1).

Il faut encore ranger dans la catégorie des tiers, les *successeurs* à *titre particulier* de l'un des contractants. Ainsi l'acheteur réel d'un immeuble a le droit d'agir contre un acheteur fictif pour démontrer que l'achat a été fait non pour le compte de ce dernier, mais pour le sien propre, et ce droit l'acheteur le transmet à ses sous-acquéreurs (2).

(1) Cass. 18 mai 1819. (S. 20, 1, 69).
(2) Cass. 22 mai 1875. (S. 76, 1, 111).

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

Nous avons déjà dit que les *héritiers réservataires* doivent être considérés comme des *tiers* agissant en vertu d'un droit propre et non comme les représentants du *de cujus* lorsqu'ils luttent contre les donataires ou les légataires qui veulent bénéficier de libéralités excessives faites par leur auteur.

Enfin il a été jugé (1) : « Que la femme commune » en biens au préjudice de qui a eu lieu, dans un » acte passé entre son mari et un tiers, une dissimula- » tion dont le but ou le résultat a été d'empêcher » d'entrer dans la communauté un immeuble qui lui » appartenait réellement, est recevable à faire resti- » tuer à cet acte son véritable caractère. En vain ex- » ciperait-on contre elle de ce que, ayant accepté la » communauté, elle est censée avoir été représentée » par son mari dans l'acte qu'il a passé comme chef » de la communauté. En pareil cas, la femme est un » véritable tiers au regard des contractants. » Voici les motifs donnés par la Cour à l'appui de sa décision : « Attendu que si la femme commune en bien est censée » avoir été représentée par son mari dans les actes » qu'il a passés et par suite tenue de les respecter, » cette règle ne saurait couvrir ni des actes faits par » le mari en fraude des droits de la femme, ni des » actes simulés que lui opposeraient les parties avec » lesquelles ils ont été passés ; qu'en ce qui concerne » de pareils actes, la femme est un véritable tiers. » Cette donnée du reste n'est pas nouvelle en législation ;

(1) Cass. 31 juillet 1872. (S. 73, 1, 117).

nous savons par exemple que les créanciers chirographaires représentés en général par leur débiteur cessent de l'être quand il s'agit d'un acte fait en fraude de leurs droits. La position de la femme commune est analogue.

SECTION III.

DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE SIMULATION.

Après avoir déterminé quelles personnes sont recevables à opposer la simulation, il nous faut voir comment elles peuvent établir leurs prétentions ; quelles preuves sont admises en cette matière. Or, il y a ici une distinction à faire : tantôt la preuve de la simulation est imposée par la loi à la conscience des juges, c'est-à-dire qu'elle résulte de *présomptions légales;* tantôt elle s'établit par l'écriture, le témoignage, l'aveu, en un mot, par les preuves de droit commun. Nous allons, dans deux articles séparés, traiter chacune de ces hypothèses.

Article I. — *Des présomptions légales.*

La loi établit des présomptions légales de simulation dans les articles 911, 918, 1100 et 1328.

L'article 918 a trait à la simulation dans la nature du contrat ; l'article 1328 à la simulation dans la date; les articles 911, 1100 à la simulation par interposition

de personnes. Etudions ces trois articles au point de vue qui nous occupe.

§ 1. — *Examen de l'article* 918.

Texte de l'article 918 : « La valeur en pleine pro-
» priété des biens aliénés, soit à charge de rente via-
» gère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit,
» 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 demandés par ceux des au-
» tres successibles en ligne directe qui auraient con-
» senti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les
» successibles en ligne collatérale. »

Le législateur a pensé qu'un des moyens les plus sûrs de violer les lois relatives à la réserve et d'avantager *ultrà modum* l'un des héritiers, c'était de lui vendre un héritage soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit. D'abord, vendre à fonds perdu, c'est aliéner le fonds, à charge par l'acheteur de servir au vendeur tant qu'il vivra des prestations annuelles. Dans ce cas, le capital est *perdu pour la succession*, parce que le *de cujus* est censé consommer au fur et à mesure les prestations qu'on lui fournit. On voit immédiatement que les mots : *à charge de rente viagère* font double emploi dans la rédaction de l'article 918, avec ceux : « à fonds perdu » ; car une rente viagère est une rente à fonds perdu.

Le législateur a présumé que les ventes sous cette

modalité constitueraient pour le successible acquéreur un avantage considérable, parce qu'il arriverait souvent que les prestations périodiques ne seraient pas payées. Il a aussi présumé qu'une vente faite à un successible moyennant un prix ferme et sous réserve d'usufruit n'est pas sérieuse. La plupart du temps le vendeur fournira une quittance de complaisance, et il le fera avec d'autant moins de regret qu'il ne se dépouille pas de la jouissance actuelle de la chose. Ainsi, à sa mort, le successible bénéficiera de l'héritage au détriment de ses cohéritiers.

Ces transactions étant ainsi réputées *libéralités* pures et simples, il devenait logique de les considérer comme faites en avancement d'hoirie et *rapportables*; mais par une disposition inexplicable, le législateur édicte qu'elles seront imputées sur la *quotité disponible*, et les dispense ainsi virtuellement du *rapport*.

Ces ventes sont donc aux yeux du législateur *des donations non rapportables mais réductibles* (1).

La vente, avons-nous dit, revêt ce caractère dans deux cas :

(1) Notre ancien droit ne s'était pas occupé de l'opération que prévoit l'article 918 La question de savoir si des traités de ce genre renfermaient des avantages rapportables ou réductibles était laissée à la conscience des juges.

L'article 918 tire son origine de la loi du 17 nivôse an II qui défendait en principe qu'aucun avantage préciputaire fut fait à un des successibles. Un législateur aussi absolu devait être nécessairement méfiant ; aussi l'art. 26 de cette loi portait-il : « Toute donation à charge » de rente viagère ou vente à fonds perdu en ligne directe ou collatérale à l'un des héritiers présomptifs ou à ses descendants sont » interdites à moins que les parents du degré de l'acquéreur et des » degrés plus prochains n'y interviennent et n'y consentent. »

1° Lorsque le vendeur aliène la pleine propriété à fonds perdu ;

2° Lorsque n'aliénant que la nue-propriété même moyennant un capital ferme, il se réserve l'usufruit du fonds aliéné. Mais que décider dans le premier cas, si le prix de la vente, au lieu de c nsister en prestations périodiques, consiste partie en prix ferme et partie en une rente ?

Exclure l'application de l'artiele 918 , c'est ouvrir une large porte à la fraude. En effet, il suffira pour valider les contrats que nous venons de décrire, d'y insérer la clause que le successible paiera au vendeur une somme ferme peu élevée ; toutes les autres stipulations devront être alors validées. Cela ne peut pas être. En conséquence, nous pensons que l'article 918 est applicable pour la portion de biens représentée par la rente viagère. Ainsi, la rente viagère représente-t-elle par exemple, la moitié du prix , le successible sera censé avoir reçu à titre gratuit la moitié de la pleine propriété de l'immeuble donné ; il sera donc propriétaire *par indivis* de la *totalité* de l'immeuble, jusqu'à concurrence de la moitié (1).

On est ainsi amené à conclure que l'*échange* (2)

(1) Demolombe, *Donat.* t. II, n° 502. Aubry et Rau, t. VII, p. 207 et 208. Cass. 13 févr. 1861 (S. 61, 1, 689).

(2) L'art. 918 dit : « La valeur en pleine propriété des biens » aliénés soit à charge, etc. » On s'est demandé si ce mot *aliéné* dans sa généralité ne comprend pas également la *donation avec charge*. Il ne faut pas en douter et voici quel est l'intérêt de la question : supposons une donation faite à un successible avec réserve d'usufruit au profit de l'ascendant. D'après le droit commun cette donation devrait être rap-

peut aussi devenir frauduleux. Ce contrat est certainement frappé par l'article 918 lorsque le successible doit fournir une *soulte* consistant en prestations périodiques annuelles jusqu'à la mort du coéchangiste. Alors, en effet, il est censé n'avoir pas fourni ces prestations, et nous considèrerons l'échange comme une donation jusqu'à concurrence de la partie représentée par la soulte.

Quid juris, si le successible échange l'immeuble B contre l'immeuble A dont le coéchangiste son auteur s'était réservé l'usufruit? Il semble que nous soyons encore dans les termes de l'article 918. Voilà bien, en effet, une aliénation de l'immeuble A avec réserve d'usufruit. Mais nous croyons qu'il faut ici appliquer la maxime : *Cessante ratione legis, cessat lex,* et que l'on doit considérer le contrat que nous étudions non comme une libéralité déguisée, mais comme un échange pur et simple. En effet, si dans le cas de vente faite avec réserve d'un usufruit le législateur veut que l'immeuble vendu soit imputé sur la quotité disponible pour la valeur de la pleine propriété, c'est qu'il suppose que le prix ne sera jamais payé, et qu'on fournira une quittance de complaisance. A la mort du prétendu vendeur, le successible se verra ainsi en pleine propriété de l'immeuble sans avoir bourse délié.

Au contraire, dans notre espèce est-il possible que l'immeuble donné en échange disparaisse sans qu'on

portable à la masse et ne serait pas imputable sur la quotité disponible. Tombant au contraire sous l'application de l'art. 918 la donation sera imputée sur cette quotité et dispensée du rapport.

s'en aperçoive? Evidemment, cela n'est pas possible. On peut donner une quittance simulée d'une somme d'argent, on ne peut pas donner quittance simulée d'un immeuble. Un immeuble se transmet publiquement, il ne se dérobe pas, et il est facile de prouver si sa transmission a eu lieu ou n'a pas eu lieu. Nous croyons donc que l'article 918 est absolument inapplicable dans l'espèce, et que le contrat doit être considéré comme un échange ordinaire.

Si l'objet livré par le successible au lieu d'être un immeuble était un meuble incorporel, une créance, la solution serait la même, car il est impossible de tromper sur la cession d'une créance. On peut toujours savoir si cette cession a eu lieu ou n'a pas eu lieu.

Mais ces arguments perdant leur force lorsqu'il s'agit de meubles corporels ou de titres au porteur, nous déciderions que la présomption de l'art. 918 reprend tout son empire au cas où le successible aura livré de semblables valeurs pour exécuter son obligation.

Pour que l'art. 918 soit applicable, il faut que le *de cujus* ait traité avec un de ses *successibles* en ligne directe; avec un *successible*, c'est-à-dire avec une personne qui, à l'époque du contrat, était l'héritier présomptif du *de cujus*.

Si elle n'était pas l'héritier présomptif au moment de la disposition, mais qu'elle vint plus tard à la succession, la présomption de l'art. 918 serait inapplicable.

Quid juris, si cet héritier présomptif est décédé ou a renoncé à la succession? Il y a controverse parmi les

auteurs. Les uns font remarquer que le mot *successible* ne désigne que ceux qui viennent effectivement à la succession ; les autres pensent qu'il veut dire l'*héritier présomptif*, expression qui est d'ailleurs formellement employée dans l'art. 26 du décret du 27 nivôse an II d'où notre article tire son origine. Quant à nous, nous adoptons la première opinion. En effet, l'art. 918 constituant une disposition exorbitante et dérogatoire au droit commun, nous pensons qu'il faut, autant que possible, en restreindre l'application.

Maintenant que décider si la réserve d'un fruit ou la stipulation de rente viagère a été faite au profit d'un tiers, comme le *de cujus* aurait le droit de le faire aux termes de l'art. 1165. Nous entendons par tiers une personne autre que les héritiers du *de cujus*. Nous croyons que l'art 918 est encore applicable. Dans l'opinion contraire, la fraude serait trop facile, car il dépendrait du *de cujus* de choisir pour usufruitier ou pour crédit-rentier un homme valétudinaire, dont le décès prématuré enrichirait l'acheteur aux dépens des autres cohéritiers.

Si, au contraire, ceux-ci ont été désignés par le donateur, pour usufruitiers ou crédit-rentiers, nous donnerions une solution différente. D'abord, s'ils acceptent l'usufruit et la rente, ils ratifient tacitement le contrat. S'ils refusent, la question devient plus délicate. D'un côté, leur refus fait présumer que l'opération leur est désavantageuse, mais, d'autre part, en appliquant l'art. 918, on s'expose à favoriser une pure malice ; car, enfin, puisqu'ils sont titulaires de la rente

et qu'ils peuvent en exiger le paiement, comment oseraient-ils soutenir que cette stipulation n'a pas été sérieuse? Nous pensons, en définitive, que l'art. 918 n'a pas pu et n'a pas voulu prévoir cette hypothèse. Si le contrat était visiblement avantageux à leur cohéritier, il faudrait traiter la convention comme une donation *indirecte*, mais jusqu'à concurrence seulement de cet avantage et non pour la totalité.

Il nous reste à voir comment peut être purgé le soupçon de fraude et de simulation dont notre article établit la présomption légale.

Constatons d'abord que cette présomption ne peut être invoquée que par les successibles en ligne directe à l'exclusion des successibles en ligne collatérale. En effet, ceux-ci n'ayant droit à aucune réserve, il ne peut s'agir pour eux ni d'imputation sur la quotité disponible, ni de réduction, et la dispense de rapport étant d'ailleurs implicitement consacrée par le législateur, on voit qu'à aucun point de vue, ils n'ont le droit de critiquer l'acte de leur auteur.

Mais les successibles en ligne directe, ascendante ou descendante. ne peuvent eux-mêmes l'invoquer, s'ils ont consenti à l'aliénation. Voilà un cas remarquable où le législateur permet de stipuler sur une succession future.

Cette dérogation a-t-elle sa raison d'être ?

Le législateur a interdit les pactes sur succession future pour empêcher les fils de famille, souvent affamés d'argent, de vendre à vil prix les biens qu'ils recueilleront plus tard dans la succession de leurs

parents. Il y a aussi une autre raison : on n'a pas voulu que, moyennant un prix fait, le père put écarter ses enfants de sa succession future, ce qui lui eut permis d'avantager l'un d'eux *ultra modum*.

Or, ici, le premier inconvénient n'est pas à craindre, c'est évident ; mais le second? Supposons cinq enfants et un patrimoine de 150,000 francs, composé de 100,000 francs d'immeubles et de 50,000 francs de numéraire. Le père veut faire à l'un des enfants un avantage de 100,000 francs. Que fait-il ? Il lui vend ses immeubles moyennant une rente viagère, et il amène ses autres enfants à y consentir. Sans doute, ils pourront plus tard revenir sur cette opération, s'ils prouvent que la rente viagère n'a pas été payée et qu'il y a eu entre le vendeur et l'acheteur un concert frauduleux. Mais on leur impose le fardeau d'une preuve très-difficile et la présomption de l'art. 918 ne démontre-t-elle pas que le législateur a considéré cette preuve comme souvent impossible à fournir ?

Les enfants, dit-on, ne consentiront pas. — Nous répondrons qu'autrefois ils pouvaient bien ne pas consentir, et, qu'en fait, ils consentaient toujours. S'ils refusent, il dépend du père d'empêcher leur établissement en ne les dotant pas, et d'ailleurs ne pourra-t-il pas abuser des meilleurs sentiments pour parvenir à son but? Nous considérons donc comme irrationnelle à ce point de vue la seconde partie de l'article 918 ou plutôt l'ensemble de l'article 918, qui devrait être abrogé.

On craint la fraude. Mais n'est-elle pas à craindre, lorsque le père vend un immeuble à un de ses fils

moyennant un prix ferme? et si, dans cette espèce, vous croyez que le non-paiement est susceptible d'être prouvé, en quoi une *réserve d'usufruit* ajoutée au contrat rendra-t-elle la preuve impossible? Ou bien si le *de cujus* a l'intention de ne point exiger les arrérages d'une rente, en quoi le consentement des autres héritiers l'empêchera-t-il de faire cette donation?

Quant à nous, il nous semble que si le législateur voulait un jour réglementer la simulation, il vaudrait mieux laisser de côté toutes ces présomptions souvent injustes et édicter une disposition semblable à celle-ci :

« Tout cohéritier qui, par l'effet d'un *contrat simulé* » passé avec le *de cujus*, sera avantagé au-delà de la » quotité disponible, devra rapporter l'excédant et ne » concourra pas au partage sur cet excédant. » (Cp. art. 792, 801, 1460).

Quoi qu'il en soit, la loi est formelle. Les aliénations dont parle l'article 918 ne peuvent être impugnées par les successibles qui ont été consents. Il importe peu que le consentement exigé soit donné dans le même acte ou dans un acte séparé, antérieur ou postérieur, et qu'il soit donné gratuitement ou moyennant un prix.

Ce consentement n'est opposable qu'à ceux des successibles qui l'ont donné ou à leurs représentants. D'où il suit que si parmi les héritiers, les uns ont consenti et les autres ne l'ont pas fait, l'opération sera considérée comme à titre gratuit par rapport aux premiers, et à titre onéreux par rapport aux seconds; la masse sur laquelle la quotité disponible doit être calculée sera

donc différemment composée pour chacune des catégories de successibles.

Si tous les héritiers présomptifs au moment de l'aliénation ont été consents, ce consentement est-il opposable à d'autres cohéritiers qui surviendraient par la suite ? L'est-il aux enfants de ces héritiers consents, en supposant, bien entendu, qu'ils ne viennent pas par représentation mais de leur chef?

La question est controversée, mais nous pensons que le consentement, pour constituer une fin de non-recevoir, aux termes de l'article 918, doit être *personnel*, et que, par conséquent, il n'est opposable qu'à celui qui l'a donné et qu'à ceux qui viennent à la succession *de son chef* et par représentation. Nous en concluons qu'il ne pourrait être opposé à un enfant naturel reconnu seulement après l'aliénation.

§ 2. — *Examen de l'article* 1328.

Passons à l'explication de l'article 1328, qui contient une autre présomption légale de simulation. Cet article est ainsi conçu : « Les actes sous seing-privé n'ont » de date contre les tiers que du jour où ils ont été » enregistrés, du jour de la mort de celui ou de ceux » qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance » est constatée dans des actes dressés par des officiers » publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'in- » ventaire. »

Ainsi, la loi autorise les tiers à considérer comme fausse et simulée la date d'un acte sous seing-privé qui

ne remplit pas l'une des trois conditions énumérées dans l'article 1328 *in fine*.

Toullier (1) voulut restreindre d'une manière excessive cette catégorie des *tiers* ; d'après lui, les successeurs à titre particulier sont toujours des ayants-cause, lesquels ne jouissant pas de plus de droits que leur auteur, ne sont pas recevables à opposer la présomption de notre article. Mais, comme le faisait remarquer notre regretté professeur, M. Rodière, sous un arrêt de Lyon, du 3 juillet 1873 (2), si l'opinion de Toullier est vraie, l'article 1328 devient une énigme inexplicable. Le mot *tiers*, dans l'article 1328, va désigner les *penitùs extranei*, et sa disposition est parfaitement inutile, car on ne peut se prévaloir contre eux ni d'un acte sous seing-privé, ayant date certaine, ni même d'un acte authentique (1165).

Pour donner à l'article 1328 un sens raisonnable, il faut chercher au mot *tiers* une autre signification, et notre savant maître ajoutait : « Sont *tiers* dans le sens » d l'article 1328 toutes les personnes qui ont été » investies en vertu d'un titre à date certaine, d'un » droit propre et direct sur un bien certain que vou- » draient leur contester d'autres ayants-cause du même » auteur dont les titres n'ont pas de date certai- » ne..... » (3).

Voilà la notion véritable des *tiers*. Le système de

(1) Tome VIII, n° 245.

(2) S. 74, 2, 225.

(3) M. Demolombe adopte cette notion dans son dernier volume sur les *Contrats*, t. VI, sur l'art. 1328.

Toullier, rejeté aujourd'hui par les meilleurs jurisconsultes, ouvrirait à la fraude un champ illimité. Car, pour priver un acquéreur du bénéfice de son contrat, on simulerait une vente dont on antidaterait frauduleusement la date. Dès lors, plus de transactions, plus de crédit possibles, plus de frein à l'improbité.

Cette doctrine serait sans doute moins désastreuse aujourd'hui que du temps de Toullier, puisque la loi du 23 mars 1855 exige que les actes portant aliénation d'un bien immobilier soient transcrits pour être opposables aux tiers. Mais ce n'est pas à dire que l'article 1328 soit devenu inutile.

Il offre encore de l'intérêt.

a. Dans les discussions relatives aux meubles, pourvu, bien entendu, qu'aucun des deux acquéreurs n'ait reçu de bonne foi la possession de la chose vendue (art. 1141).

b. Pour les droits non soumis à la transcription, tels que le droit de bail, du moins dans le cas où la durée du bail n'excède pas dix-huit ans.

c. Pour le paiement anticipé des loyers ou des fermages antérieurement à la transcription, dans le cas où l'importance de ce paiement n'équivaut pas à trois années de revenus.

d. Pour le cas où deux personnes ayant des droits sur un immeuble ne les auront ni l'une ni l'autre conservés conformément aux lois (Loi du 23 mars 1855).

En matière de droits incorporels, le cessionnaire n'est saisi vis-à-vis des tiers que du jour où la cession

a été signifiée au débiteur cédé ; néanmoins, ajoute l'art. 1690, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transfert faite par le débiteur dans un acte authentique.

Mais qu'arrivera-t-il si, postérieurement à ce transport, le débiteur cédé montre une quittance sous-seing privé n'ayant pas de date certaine établissant que la dette a été payee ? Cette quittance est-elle opposable au cessionnaire ? En faveur de la négative, on invoquera les termes de l'art. 1328 qui ne fait aucune exception pour les quittances ; il est clair d'ailleurs que l'opinion contraire serait dangereuse, vu la facilité qu'aurait le débiteur cédé de colluder avec le cédant et de priver le cessionnaire des bénéfices du contrat à l'aide d'une antidate.

Ces considérations, dont l'importance ne saurait être contestée, n'ont pas prévalu devant les tribunaux. Exiger qu'une quittance soit enregistrée pour avoir date certaine, c'est paralyser les affaires quotidiennes ; dans tous les cas, c'est exposer les consommateurs à payer deux ou trois fois le montant des factures, car nul ne consentira, s'agissant de sommes relativement minimes, à se soumettre aux formalités de l'enregistrement.

Aussi faut-il admettre, en principe, que les quittances sous-seing privé ne tombent pas sous les prescriptions de l'art. 1328. Mais cette exception, selon nous, dérive plutôt de l'intention présumée du législateur que d'un principe théorique. C'est en vain à ce point de vue que dans la remarquable dissertation

citée plus haut, M. Rodière soutenait que lorsque le débiteur cédé est en possession d'une quittance, même sans date certaine, la cession est nulle, parce que la créance est éteinte. La question est précisément de savoir si elle est éteinte vis-à-vis du cessionnaire. Or, à s'en tenir aux termes de l'art. 1328, il est bien certain qu'elle ne l'est pas. Du reste, on pourrait faire un raisonnement analogue en matière de vente. En effet, ne pourrait-on pas dire que l'acheteur, en possession d'un titre sous-seing privé sans date certaine, doit triompher dans tous les cas contre les acquéreurs porteurs de titre à date certaine, mais postérieure, parce que la première vente a épuisé les droits du vendeur ? Sans doute, mais ici comme pour la cession, la question est de savoir si la première opération existe au regard des tiers, et à s'en tenir au texte de la loi, la négative est certaine.

La vérité est que les parlements dans notre ancienne France avaient vu là une question de fait à trancher dans tel ou tel sens, selon les circonstances (1) et que la jurisprudence moderne, en adoptant les mêmes données (2), a sainement interprété les intentions probables du législateur.

La même question se présente relativement à la saisie-arrêt. Un créancier saisit-arrête une somme entre les mains d'un tiers. Celui-ci peut-il, à l'aide d'une quittance sous-seing privé, prétendre que la somme a

(1) Ferrières sur Paris art. 104, § 1, nº 25. Bourjon, tome I, p. 416, nº 10.

(2) Cass. 23 août 1841.

été payée et que, par conséquent, la saisie-arrêt faite entre ses mains est nulle faute d'objet ? Ici, comme plus haut, il faut reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire ; il validera ou ne validera pas le paiement, selon la bonne ou la mauvaise foi du débiteur saisi.

Au surplus, l'art. 1328 présente surtout des difficultés dans les rapports des créanciers chirographaires avec leur débiteur ; un des principes admis à bon droit en cette matière, c'est que les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers soit vis-à-vis du débiteur, soit vis-à-vis les uns des autres ; ils n'ont, en effet, sur le patrimoine qui est leur gage aucun droit propre, direct et indépendant.

Aussi il a été jugé que dans une faillite ils ne pouraient repousser, en vertu de l'art. 1328, les actes portant une date antérieure à la faillite, mais non certaine, et par lesquels le failli « rétrocède à un tiers » un immeuble dont il s'était rendu adjudicataire, ou » lui cède ses droits dans une succession, ou fait no- » vation d'une créance, consent la remise totale ou » partielle d'une dette, accorde une dispense de protêt » ou de dénonciation de protêt (1). » Sauf les droits relatifs à l'action Paulienne ou même simplement à l'action en simulation ; mais si tous ces actes ont été faits sans fraude, ce qui doit être présumé, le débiteur représentait dans l'acte tous ses créanciers chirographaires et l'art. 1328 n'est plus applicable.

(1) Demolombe, *Traité des contrats*, tome VI. Cass. 28 juin 1875. (S. 75, 1, 309).

Au contraire, ils sont *tiers* et par conséquent un acte sous-seing privé ne leur est pas opposable toutes les fois qu'ils agissent en leur propre nom; et notamment quand ils réalisent leur droit de gage, quand ils exécutent leur débiteur; sur ce point, nous pouvons invoquer le témoignage de Pothier. Voici en quels termes il s'exprime (1): « Si j'ai fait saisir réellement l'héritage » de mon débiteur et que le laboureur qui est dans cet » héritage s'oppose à la saisie et prétende que l'héritage » lui appartient; si, pour le prouver, il produit un acte » sous signature privée, par lequel il est dit que mon » débiteur lui a vendu cet héritage et que cet acte ait » une date antérieure, non seulement à une saisie réelle, » mais même à ma créance; il n'obtiendra pas pour » cela la main-levée qu'il demande, car cet acte étant » sous signature privée, ne prouve pas contre moi qui » suis un tiers, que la vente qu'il renferme s'est faite le » jour porté par l'acte. »

De même, tout créancier qui a fait opposition à ce que le partage ait lieu en dehors de sa présence pourrait tenir comme nul à son égard tout acte de partage sous-seing privé portant une date antérieure à l'opposition, si cette date n'avait pas été rendue certaine à l'aide d'un des moyens indiqués dans l'art. 1328.

Ici, en effet, le créancier agit non plus comme représentant et ayant-cause de son débiteur mais comme réalisant au contraire contre lui ou ses successeurs le droit de gage dont il est parlé dans les art.

(1) Edit. Dupin, t. I, p. 418 et 443 et t. VIII, p. 433.

2092 et 2093 ; c'est en quelque sorte une mesure d'exécution.

Est-il besoin de dire que les créanciers antichrésistes ou hypothécaires sont également des tiers à l'égard de leur débiteur et que, si celui-ci leur présente un acte d'aliénation de l'immeuble engagé, n'ayant pas date certaine antérieure à la créance, cet acte ne pourra leur être opposé ?

En général, tout créancier qui veut créer à son profit sur le patrimoine de son débiteur un droit particulier plus énergique que celui résultant des art. 2092 et 2093 est un *tiers* et il doit prouver son droit à l'aide d'actes ayant date certaine. Ainsi celui qui prétendrait être subrogé aux droits d'un créancier hypothécaire parce qu'étant caution du débiteur il a désintéressé ce créancier (1251 § 3, 2029) devrait produire un acte de cautionnement ayant date certaine, si la quittance qui fait par elle-même foi de sa date ne contenait ni la mention du cautionnement ni une clause de subrogation conventionnelle.

Mais si cette clause de subrogation conventionnelle existait elle serait suffisante, qu'il s'agisse d'appliquer l'art. 1251 ou l'art. 1250-1°. En effet, la quittance qui porte en elle-même la certitude de sa date ne cesse pas d'être une quittance parce qu'elle est subrogative de même qu'un paiement ne cesse pas d'être un paiement parce qu'il est accompagné de subrogation. La quittance fait foi de ses deux éléments d'une manière indivisible même vis-à-vis des tiers c'est-à-dire vis-à-vis d'un cessionnaire de la créance, d'un subrogé

postérieur en date, fut-il antérieur en fait, vis-à-vis enfin d'un tiers qui aurait opéré une saisie-arrêt entre les mains du créancier (1).

Enfin, et toujours par application du même principe, la femme qui voudrait se prévaloir de son hypothèque légale à l'encontre des tiers pour certaines créances, par exemple pour indemnité d'obligations par elle contractées avec son mari ou pour remploi de ses propres aliénés, devrait produire des actes ayant acquis, s'ils sont sous-seing privé, une date certaine à l'aide de l'un des moyens énoncés dans l'art. 1328 (2).

Mais la présomption de simulation que consacre cet article cesse dans certain cas qu'il nous reste à étudier.

Un acte sous-seing privé a date certaine aux termes de l'art. 1328 « du jour où il a été enregistré, du » jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont » souscrit ou du jour où sa substance est constatée » par des actes dressés par des officiers publics tels » que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. » Cette énumération est évidemment limitative. Sans doute beaucoup de circonstances peuvent démontrer à un homme du monde que la date d'un acte, incertaine en droit, est certaine en fait : mais le juge ne doit pas recevoir une pareille démonstration, soit que la loi veuille punir les contractants qui ont négligé de faire enregistrer leurs actes, soit surtout qu'elle veuille retenir les tribunaux sur la pente de l'arbitraire.

L'art. 1328 n'est pas applicable en matière de com-

(1) Demolombe, *Contrats*, t. IV, nº 379 à 394.
(2) *Ibid.*

merce; les obligations, les traités commerciaux font en général foi de leur date, sauf à la partie adverse à prouver la fraude, et même en matière civile, notre article serait écarté s'il résultait des termes même de l'acte que les parties connaissaient l'existence d'un écrit antérieur n'ayant pas date certaine. Nous pensons, en effet, que les présomptions de la loi en cette matière ne doivent protéger que les tiers de *bonne foi*. Seulement nous exigeons que la mauvaise foi résulte du contexte même de l'acte; car la solution contraire permettrait au juge de rentrer dans le champ de l'arbitraire que le législateur a voulu fermer devant lui.

Tel est l'art. 1328. Nous allons étudier maintenant les dispositions législatives qui établissent des présomptions légales d'interposition de personnes.

§ 3. — *Examen des art.* 911 *et* 1100

Le législateur après avoir établi des incapacités relatives de recevoir notamment en ce qui concerne le tuteur, les enfants naturels, le médecin, le ministre du culte déclare nulle toute disposition faite à l'encontre de ses prohibitions « soit qu'on la déguise sous la » forme d'un contrat à titre onéreux soit qu'on la » fasse sous le nom de personnes interposées » (911) et il ajoute : « Sont réputées personnes interposées, le » père et la mère, les enfants et descendants et l'époux » de la personne incapable. »

Dans l'art. 1091 et suiv. le législateur fixe de quelle

manière et dans quelle mesure les époux peuvent se faire entre eux des donations. L'art. 1099 sur lequel nous aurons à revenir sanctionne ces dispositions : « Les époux ne pourront se donner au-delà de ce qui » leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute » donation déguisée ou faite à personne interposée » est nulle. »

Et la loi poursuit : « Sont réputées faites à personne « interposée les donations de l'un des époux aux en- » fants ou à l'un des enfants de l'autre époux, et celles » faites par le donateur aux parents dont l'autre époux » sera l'héritier présomptif au jour de la donation, » encore que ce dernier n'ait point survécu à son » parent donateur. » Art. 1100.

Présentons ici une observation commune à ces deux articles. Les présomptions légales qu'ils établissent ne s'appliquent qu'aux incapacités relatives. Ainsi, dans notre droit, nul n'est *légalement présumé interposé* entre un disposant et celui qui est incapable d'une manière absolue. Exemple : Je donne au fils d'un condamné à une peine afflictive perpétuelle (L. du 31 mai 1854) ; cette donation est valable, et cela se conçoit ; car, autrement, par cela seul qu'un individu serait condamné à une de ces peines, ses proches parents deviendraient de par la loi incapables de recevoir de toute personne. Ce résultat serait contraire au caractère de la peine, qui ne doit frapper que le coupable.

Il y a plus : chacun des articles 911 et 1100 ne s'applique qu'aux incapacités relatives prévues dans le

chapitre auquel il appartient. Ainsi, l'article 911 n'est applicable ni à l'hypothèse de l'article 997, ni à celle de l'article 1596.

L'article 997 dispose que le testament fait sur mer ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau s'ils ne sont parents du testateur.

L'article 1596 établit une incapacité d'acquérir à l'encontre des tuteurs et mandataires, etc. relativement aux biens de leurs pupilles ou mandants, etc.

En vertu de notre théorie le testateur pourrait donner au fils d'un officier du vaisseau et le père du tuteur pourrait se rendre adjudicataire d'un bien du mineur sans qu'il y ait *présomption légale* d'interposition de personnes.

Car en matière de présomptions légales, tout est de droit étroit.

Ainsi encore, et pour la même raison, les articles 911 et 1100 ne sont pas faits pour se compléter l'un l'autre. Chacun est applicable avec sa teneur spéciale à l'hypothèse pour laquelle il a été édicté.

Maintenant, quelques remarques particulières. La présomption de l'article 911 cesse, lorsqu'il y a une impossibilité absolue à ce que l'incapable profite de la libéralité ; *v. g.* si celui-ci est prédécédé.

S'il s'agit d'un testament, peu importe que le prédécès soit postérieur à la confection du testament ; ce prédécès rend généralement la disposition valable, étant d'ailleurs prouvé que c'est bien en faveur du soidisant interposé que le testateur a voulu disposer (1).

(1) En effet, le fait par le disposant de ne pas révoquer la disposition après la mort de l'incapable, prouve bien qu'il n'y avait pas inter-

Il en serait de même dans une donation entre-vifs, si le prédécès de l'incapable se plaçait entre l'offre et l'acceptation de la donation.

Cette doctrine n'est pas applicable à l'article 1100, dans lequel le législateur n'admet pas que le prédécès de l'époux incapable valide la disposition faite au profit de son parent. Il est probable que l'on a voulu prohiber plus sévèrement les libéralités déguisées que l'affection eut rendues plus fréquentes. *Lex arctiùs prohibet quod faciliùs fieri putat..*

On remarquera encore que l'article 1100 embrasse plus de personnes dans sa prohibition. Cet article répute interposée toute personne dont le donataire est l'héritier présomptif au jour de la disposition, serait-ce un parent d'un degré éloigné. Par contre, l'art. 911 range certainement parmi les personnes interposées les descendants adoptifs ou naturels dont il n'est pas question dans l'article 1100, qui ne parle que des enfants de l'autre époux issus d'un précédent mariage.

Il s'ensuit que ceux issus du mariage actuel ne sont pas censés interposés, — et cela va de soi.

Les présomptions des articles 911 et 1100 sont *juris* et *de jure*, et ne sauraient être combattues par la preuve contraire (1352), à condition que ceux qui invoquent la présomption prouvent qu'ils se trouvent dans le cas prévu par la loi.

Telles sont les présomptions légales en matière de *simulation*. Le Code Civil n'en a pas établi d'autres.

position de personnes ; mais pour que cette raison puisse être invoquée, il faut que le disposant ait eu connaissance de cette mort et que, malgré cette connaissance, il n'ait pas révoqué sa libéralité.

Au contraire, dans beaucoup de coutumes de notre ancienne France, il en existait un grand nombre qui ont disparu et notamment tous contrats à titre onéreux passés entre *concubins* étaient légalement présumés voiler des donations.

Il fut jugé, le 22 août 1674, par le Parlement de Paris, que, « contrats et acquisitions qu'une concubine » avaient faits en son nom étaient nuls et frauduleux » et devaient être estimés un don indirect et prohibé » par celui qui l'entretenait, et qui s'était déclaré débi- » teur par lesdits contrats de constitution » (1).

Ce n'était pas là une solution d'espèce. Nous lisons, en effet, dans Brillon, qui cite cet arrêt : « Cette » jurisprudence ne saurait être trop stable et trop uni- » forme. Aussi, il y a bien des exemples des mauvais » succès des demandes formées par les concubines, » soit pour le paiement d'obligations, lettres ou recon- » naissances portées dans les testaments » (2).

Merlin (3) fait cependant remarquer que la présomption *de donato* n'avait lieu d'après certains auteurs, notamment Houard, qu'au cas où la cohabitation avait été publique et scandaleuse. Elle n'avait pas lieu, si elle était cachée et secrète. Merlin critique avec raison cette disposition, qui est peu rationnelle.

Du reste, une semblable présomption ne pourrait avoir d'effet utile dans notre droit que s'il s'agissait de

(1) *Journal des audiences*, t. III, livre I, chap. 15.
(2) Dictionnaire des arrêts de Pierre-Jacques Brillon, V. *Concubine*.
(3) Question de droit. V. *Concubinage*.

donations excédant la quotité disponible. En dehors de cette hypothèse en effet, et sauf le cas de captation, les donations entre concubins ne sont pas prohibées (1).

Avant de terminer cet article nous devons parler de la présompture connue dans l'ancien droit sous le nom de loi *Quintus Mucius*. Ces deux mots sont les premiers du fragment 51 au D. *de Donationibus inter virum et uxorem* que nous devons à Pomponius et qui est ainsi conçu : « *Quintus Mucius ait cùm in contro-*
« *versiam venit unde ad mulierem quid pervenerit*
« *et verum et honestius est, quod non demonstratur*
« *unde habeat, existimari a viro aut qui inpotestate*
« *ejus esset ad eum pervenisse. Evitandi autem turpis*
« *questûs gratiâ circa uxorem hoc videtur Quintus*
« *Mucius probasse.* »

De cette loi appliquée dans les pays de droit écrit il résultait que toute acquisition faite par la femme en son nom personnel était présumée faite avec les deniers du mari, à moins que la femme ne prouvât que les deniers avaient une autre origine et que cette origine était honnête. Il faut remarquer que la loi *Quintus Mucius* n'attribuait pas au mari la propriété de l'objet acquis ; elle ne lui donnait qu'un *droit de créance* contre sa femme. La présomption de simulation n'était donc pas relative à l'*identité du propriétaire* mais seulement à l'*origine des deniers*, en ce sens, nous le répétons, que bien que la femme eut retiré quittance en son nom,

(1) Demolombe, t. XVIII, § 566. — Aubry et Rau, 4e édit., t. VII, p. 26, note 11.

elle était censée avoir payé avec l'argent d'autrui.

Nous trouvons un principe analogue consacré par le Code de commerce en cas de faillite du mari.

L'art. 559 est ainsi conçu : « Sous quelque régime » qu'ait été formé le contrat de mariage..... la pré- » somption légale est que les biens acquis par la » femme du failli appartiennent à son mari, ont été » payés de ses deniers et doivent être réunis à la masse » de son actif sauf à la femme à fournir la preuve » contraire. »

L'art. 559 aggrave la présomption de la loi *Quintus Mucius* puis qu'il dépouille la femme *du droit de propriété* au lieu de la soumettre à une simple *obligation*.

Le Code civil n'a pas reproduit le principe du fragment 51, d'où il faudrait conclure que la règle romaine est abolie (art. 7, loi du 30 ventôse an XII). Théoriquement donc, ce serait au mari ou à ses héritiers de prouver que le prix de l'acquisition faite par la femme quoique quittancée au nom de celle-ci a été payée des deniers du mari. Mais, pratiquement, la jurisprudence a fait revivre la présomption ancienne, en admettant que la preuve à fournir par le mari ou ses héritiers résulte suffisamment de l'impossibilité où se trouve la femme d'indiquer l'origine des deniers (1). De sorte qu'en définitive il est vrai de dire aujourd'hui comme dans l'ancien droit que la présomption est contre la

(1) Cass. 6 mars 1866. (S. 1866, I, 253).

femme. Cette situation paraît s'accentuer de plus en plus. La *Gazette des Tribunaux* des 22 et 23 janvier 1877 analyse un arrêt rendu le lundi 22 par la Chambre des requêtes relativement à la question qui nous occupe.

Ce compte-rendu porte textuellement :

« La loi *Quintus Mucius* établit comme présomption » légale que les acquisitions faites par la femme pen- » dant le mariage ont été payées par le mari à moins » que la femme ne prouve qu'elle a possédé des res- » sources personnelles et légitimes, qui lui ont permis » de les solder de ses propres deniers. »

« Cette preuve peut être faite par tous les moyens » que la loi autorise et principalement par de pré- » somptions graves, précises et concordantes qu'il ap- » partient aux tribunaux d'apprécier. »

« Rejet au rapport de M. le conseiller Almeiras- » Latour et sur les conclusions de M. l'avocat général » Godelle du pouvoir du sieur R... contre un arrêt de » la Cour d'appel de Toulouse du 24 mars 1876. »

En résumé voilà une *présomption légale* de simulation qui avait été abolie par le Code civil et qui se trouve restaurée par la jurisprudence. Le cas est assez intéressant à signaler.

Art. II. — *Preuves de droit commun.*

La première et la meilleure des preuves de droit commun est l'*aveu* à propos duquel nous n'avons à faire aucune remarque particulière.

Le *serment* sera également admissible conformément aux règles générales du Code (art. 1357 et suiv.).

Sur ce point, la logique conduit à des conséquences vraiment très-rigoureuses. La matière des fidéicommis va nous en fournir un exemple.

Le *de cujus* fait un legs à une personne pour qu'elle le remette à un tiers qui, par rapport au disposant, serait incapable. Ce legs est nul en principe.

Il n'y a pas de difficulté si, dans le testament ou dans un codicille, le testateur a écrit qu'il lègue à Primus à charge par lui de rendre à Secundus. Il y a ici au premier chef interposition de personnes.

Il en est de même si, du rapprochement des diverses dispositions d'un testament, il appert que le légataire désigné n'est pas en réalité le véritable bénéficiaire. Les juges peuvent conclure qu'un tel legs n'est en réalité qu'un fidéicommis fait au profit de personnes inconnues dont la capacité ne peut être vérifiée, partant l'annuler, et leur décision souveraine échappe au contrôle de la Cour suprême (1).

Mais bien souvent le testament ne décèlera pas la fraude, le fidéicommis ne sera pas apparent; alors le juge peut-il déférer le serment sur l'existence d'un mandat *verbal* donné par le disposant au fiduciaire ? L'affirmative est certaine. Bien plus, nous disons avec Chardon (2), qui cite à l'appui de son opinion l'autorité de Furgole, de Pothier et de Lamoignon, « que le

(1) Cass. 30 nov. 1869 (S. 70, 1, 119).

(2) *Traité de la fraude*, chap. II.

» serment peut être déféré, non seulement sur le point » de savoir s'il existe un pacte secret, mais encore sur » celui de savoir si le prétendu donataire n'a pas l'in- » tention de remettre à une tierce personne la libéralité » qu'il vient de recevoir. »

Et le refus de prêter serment serait un indice suffisant de la fraude que le magistrat cherche à découvrir.

Cela est rigoureux, nous le reconnaissons; mais c'est conforme aux principes. La loi autorise *toute espèce de preuves* quand il s'agit de découvrir une fraude dirigée contre elle (1).

(1) Un arrêt de la Cour de Nîmes en date du 14 janvier 1874, (S. 1874. 2. 174), montre jusqu'où peut aller le pouvoir discrétionnaire des juges quand il s'agit d'apprécier un fait de fraude à la loi. Par testament en date 5 mai 1872, la demoiselle L..., religieuse, avait institué pour son légataire général et universel Mgr. Plantier, évêque de Nîmes. Les héritiers de la demoiselle L... attaquèrent le testament, motif pris de ce que Mgr. Plantier n'était qu'une personne interposée et qu'en réalité la disposition était faite en faveur du Carmel d'Uzès, établissement non reconnu par l'Etat.

Les circonstances paraissaient, en effet, démontrer la vérité de cette assertion La demoiselle L... s'intéressait vivement à une œuvre, à la prospérité de laquelle elle avait consacré sa fortune, ses peines, sa vie. Il était donc présumable que l'intérêt du couvent n'avait pas été étranger à ses dispositions testamentaires.

Cependant Mgr. Plantier affirmait n'avoir reçu aucun mandat relatif aux fonds qui lui étaient légués, il affirmait même n'avoir reçu aucune confidence particulière. — La Cour, tout en ajoutant une foi entière aux affirmations de l'éminent prélat, n'en déclara pas moins l'institution testamentaire nulle et non avenue, parce que, dit son arrêt, il résultait des débats que la pensée secrète de la testatrice avait été que Mgr. Plantier reverserait au Carmel tous les fonds qu'il recueillerait par suite de ce testament.

Dans l'état actuel de la législation, cet arrêt, quoique dur, est conforme au droit : *Dura lex, sed lex.*

Le serment peut être employé pour prouver la simulation, non seulement quand elle consiste dans une interposition de personnes, mais encore lorsqu'elle porte sur la nature de contrat ou sur une des clauses qu'il renferme. Ainsi, je puis déférer le serment à un prétendu vendeur sur le point de savoir si la quittance du prix est sincère et véritable; ou sur le point de savoir si la déclaration du prix de vente n'est point exagérée ou diminuée, etc. Cela est constant en doctrine et en jurisprudence. Mais il est clair que s'il s'agit du serment supplétoire, le juge ne pourra le déférer que dans les cas indiqués par l'art. 1367.

La *preuve littérale*, quand le demandeur pourra la produire, constituera évidemment un argument topique.

Demandons-nous maintenant, et c'est là le siége véritable de la difficulté, si et comment la preuve *testimoniale* est admissible. Nous aurons résolu du même coup la question relative aux *présomptions de l'homme*. Car le juge peut décider d'après les simples présomptions de l'homme dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise (1353) (1).

Un grand principe en cette matière c'est qu'on ne peut pas prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes; mais Pothier nous explique dans les termes suivants cette règle que nous a léguée l'ancienne ju-

(1) On a fait remarquer avec raison que les derniers mots de l'art. 1353 : A moins que l'acte soit attaqué pour cause de fraude ou de dol sont complètement inutiles puisqu'une pareille réserve était déjà faite dans l'art. 1348.

risprudence : « La défense de la preuve testimoniale » contre et outre le contenu aux actes ne regarde que » les personnes qui ont été parties qui doivent s'im- » puter d'y avoir laissé comprendre ce qui y est compris » et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre ou » d'avoir omis quelque chose de ce qui devait y être » compris ; mais cette défense ne peut concerner les » tiers en fraude desquels on pourrait énoncer dans » les actes des choses contraires à la vérité de ce qui » s'est passé ; car rien ne pouvant être imputé à ces » tiers, on ne doit pas leur refuser la preuve testimo- » niale de la fraude qui leur est faite, n'ayant pas été » en leur pouvoir d'en avoir une autre (1). »

Reprenons les propositions contenues dans ce passage.

I. Les parties, y est-il dit, ne peuvent prouver par témoins contre le contenu aux actes, et par conséquent ne peuvent prouver par témoin qu'un acte est simulé, si elles n'ont un commencement de preuve par écrit. Et Pothier l'explique très-bien en faisant remarquer qu'elles ont pu se procurer une contre-lettre. Sur ce point, la jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Nous citerons, parmi les arrêts les plus récents, celui de la cour de Cassation du 22 mars 1875 (2) et celui de la Cour de Montpellier en date du 8 février 1876 (3).

Il faut remarquer cependant que notre proposition ne s'applique qu'à la simulation organisée en vue de

(1) *Oblig.* nº 776.
(2) S 76, 1, 111.
(3) S. 76, 2, 295.

nuire aux créanciers ou à la fraude ourdie par une partie contre l'autre, par exemple, lorsqu'un soi-disant acheteur, qui savait bien qu'on ne lui avait consenti qu'une vente fictive, veut s'en prévaloir pour faire décider, contrairement à la vérité, que le vendeur a voulu réellement lui transférer la propriété de la chose. Dans ce cas, le vendeur ne peut triompher contre l'acte apparent qu'à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, car il a été en son pouvoir de se faire donner une contre-lettre.

Mais s'il s'agit de démontrer une fraude faite à la loi, la preuve testimoniale est admissible *de plano ;* ainsi, le débiteur poursuivi en paiement d'une obligation usuraire prouvera que la cause apparente du billet est fausse et que le contrat est illicite. Et, en effet, lorsqu'il ne s'agit que de l'intérêt privé, on comprend que la loi ne permette pas facilement d'impugner des assertions qui ont été écrites. Il est d'intérêt public que l'on ajoute foi aux écrits, du moins en principe, et la loi préfère cet intérêt à celui d'une partie imprudente, fautive dans tous les cas d'avoir signé un acte louche et mensonger. On peut lui dire : *Patere legem quam ipse fecisti.*

Au contraire, lorsque la fraude a été organisée contre la loi, il ne s'agit pas seulement d'éviter une perte au défendeur, il s'agit aussi d'éviter un amoindrissement de la moralité publique. En pareil cas, le principe d'intérêt public consigné dans l'article 1341 ne se trouve plus en face d'un intérêt privé, il se trouve, au contraire, en face d'un autre intérêt public d'un ordre

supérieur, d'où il suit que l'application de l'art. 1341 doit cesser. La jurisprudence est conforme : « Attendu » dit un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 27 » juillet 1874, attendu que la preuve testimoniale et » les présomptions de l'homme sont toujours admissi- » bles quand il s'agit de prouver qu'un acte a été si- » mulé pour faire fraude à la loi » (1). Dans l'espèce, il s'agissait d'un cas d'usure ; il en eut été de même si l'obligation avait été basée sur un dédit de mariage, ou généralement sur toute autre cause contraire à la loi ou aux mœurs.

II. Quant aux *tiers*, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas signé l'acte simulé, ils seront en général dispensés de produire un commencement de preuve par écrit. Cette règle, simple application du principe : *A l'impossible nul n'est tenu*, s'induit des articles 1341 et 1348 combinés. En effet, comme le faisait remarquer Pothier, il sera presque toujours impossible aux tiers dont on veut frauder les droits de se procurer une contre-lettre ; on cherchera, au contraire, à faire disparaître toute trace de simulation, et c'est le plus souvent à l'aide de présomptions qu'il leur sera possible de faire valoir leurs droits. — Il eut donc été trop rigoureux d'exiger d'eux un commencement de preuve par écrit, et la jurisprudence (2) comme la doctrine décide avec raison que l'application de l'article 1341 doit cesser à leur égard.

(1) S. 75, 1, 115.

(2) Voir les arrêts cités plus haut.

Mais il nous semble que le droit commun devrait reprendre son empire lorsque le tiers qui argue un acte de simulation a pu facilement se procurer une preuve littérale, et qu'il ne s'agit pas d'ailleurs d'une fraude faite à la loi. Aussi n'approuverions-nous pas l'arrêt de la Cour de Cassation en date du 22 mars 1875 (1), qui, tout en proclamant une règle généralement vraie, lui a donné, ce nous semble, une trop grande extension. Voici quelle était l'espèce.

Un sieur H avait vendu un immeuble à un sieur X. Celui-ci n'était pas le véritable acheteur, il n'était en réalité que le prête-nom du sieur Z, lequel, quelque temps après l'acquisition, apporta cet immeuble dans une *Société* qui s'était formée en vue d'en effectuer l'exploitation ; plus tard elle l'avait aliéné.

Le sieur X ayant voulu faire valoir le privilége du vendeur sur le prix de l'immeuble mis en distribution, la Société, produisant dans l'ordre en vertu d'un droit analogue prouva, non par des écrits, mais par témoins, que X. avait été le prête-nom de Z, et que ce dernier ne pouvait avoir aucun droit sur l'immeuble puisqu'il l'avait apporté à la Société franc et quitte de toute charge, et que la valeur lui en avait été payée en actions.

L'arrêt de la Cour d'Alger qui admit la prétention de la *Société*, fut déféré à la Cour suprême ; mais le pourvoi fut rejeté. Devait-il l'être? Non, à notre avis, puisqu'il avait été possible à Z avant la passation de l'acte, d'obtenir de X une déclaration constatant que

(1) Déjà cité, S. 76, 1, 111.

celui-ci n'était que son prête-nom. Z n'aurait donc pu, d'après nous, bénéficier de l'article 1348, et comme la Société avait été elle-même en faute en n'exigeant pas que Z, son auteur, se mit en règle lorsqu'il fit l'apport de l'immeuble, il nous semble qu'elle n'aurait dû pouvoir prouver la simulation vis-à-vis de X que par les moyens qu'aurait pu employer Z, c'est-à-dire par un commencement de preuve par écrit.

Les circonstances de la cause militaient, peut-être, au point de vue du fait, contre le demandeur en cassation ; mais nous ne désespérons pas de voir la Cour suprême, si la question revient devant elle, décider que les tiers ne sont dispensés de rapporter un commencement de preuve écrite que lorsqu'il leur a été impossible de se la procurer, et qu'à ce point de vue les successeurs à titre particulier des parties ne peuvent pas être mieux traités que les parties elles-mêmes (1).

Nous avons déjà dit que les juges peuvent se décider d'après de simples présomptions toutes les fois que la preuve testimoniale est admissible. — Les présomptions doivent être graves, précises et concordantes. — Quelles sont celles qui, en matière de simulation, ont ce caractère, c'est là un point qui est évidemment abandonné à la sagesse des juges.

Nous ne terminerons pas ce chapitre sans signaler une doctrine singulière d'après laquelle « la foi due à » un contrat de mariage constatant l'apport de la fu-

(1) L'art. 1321 n'était pas d'ailleurs applicable dans la cause puisque loin de rejeter la contre-lettre la société demandait à prouver la simulation.

» ture ne pourrait être détruite par la preuve testimo-
» niale, ni par de simples présomptions tirées soit de
» la position de fortune des parents de la future, soit
» de la situation de la future elle-même ; qu'elle ne
» saurait l'être que par des preuves écrites démontrant
» jusqu'à l'évidence que l'énonciation du contrat est
» mensongère » (1). — Cette théorie, précédemment condamnée par la Cour de Cassation (2) et par la Cour de Toulouse (3), a été rejetée plus récemment par la Cour de Rouen (4) et par la Cour de Poitiers (5), — et avec raison ; car pour créer des priviléges en faveur du contrat de mariage, il faudrait un texte précis qui n'existe pas.

Bien plus, il faut admettre que toute reconnaissance fictive d'apport faite par le mari à sa femme, constitue une fraude à la loi (1099, § 2), et que par conséquent tous intéressés peuvent démontrer la simulation, même sans un commencement de preuve par écrit.

SECTION IV.

DES EFFETS DE LA SIMULATION FRAUDULEUSE.

La simulation une fois prouvée et démontrée voyons quels en sont les effets ; il faut à cet égard distinguer

(1) Paris, 24 févr. 1865 (S. 1866, 2, 144).
(2) 11 juillet 1833 (S. 33, 1, 840).
(3) 15 mars 1834 (S. 34, 2, 537).
(4) 13 mai 1868 et 23 déc. 1871. (S. 72, 2, 101).
(5) 18 août 1872 (S. 72, 2, 230).

les effets qu'elle produit entre parties et ceux qu'elle produit vis-à-vis des tiers.

Article premier. — *Effets entre parties.*

Entre parties la preuve de la simulation a pour effet, en général, de rétablir le caractère véritable de l'acte. C'est ici que s'applique la maxime romaine : *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.*

Son caractère étant ainsi rétabli, le contrat subira le sort qui eut été réservé à la convention véritable si elle se fut présentée aux yeux du juge sans aucune simulation. Le Code civil applique lui-même cette règle à une hypothèse particulière, celle de l'art. 888 qui renferme dans ses prévisions le cas où un partage serait déguisé sous l'apparence d'une vente ou d'une transaction. On sait que ces contrats ne sont pas en général rescindables pour lésion de plus du quart ; ils le seraient dans l'espèce puisqu'en réalité ils constitueraient un véritable partage.

Il peut arriver que le fait d'avoir usé de simulation expose à la nullité une convention qui eut été valable par elle-même. Mais ce sont là des cas exceptionnels. Nous citerons à titre d'exemple, peut-être unique, celui cas de l'art. 1099 qui frappe de nullité toute donation déguisée entre époux. Cependant en droit français les donations entre époux faites ostensiblement sont valables (1). La nullité a été ici édictée par le législateur à titre de punition.

(1) Dans un système que nous n'adoptons pas la nullité prononcée

ART. II. — *Effets vis-à-vis des tiers.*

C'est surtout vis-à-vis des tiers qu'il est intéressant d'étudier les effets de la simulation.

§ 1.

Occupons-nous d'abord de la simulation qui est dirigée contre eux. Les effets en sont réglés par l'art. 1321 : « Les contre-lettres, y est-il dit, ne peuvent avoir » leur effet qu'entre les parties contractantes, elles » n'ont point d'effet contre les tiers. » Il faut admettre que la disposition de l'art. 1321 est applicable, soit que la preuve de la simulation résulte d'une contre-lettre *écrite,* soit qu'elle résulte de l'aveu de la partie ou du témoignage de l'homme quand il est admissible (1). Sans doute l'art. 1321 paraît s'occuper d'un *écrit;* mais si une convention *écrite* n'est pas opposable aux tiers. A plus forte raison en sera-t-il ainsi d'une convention *verbale.*

Nous avons vu plus haut que les tiers peuvent prouver la simulation quant ils y ont intérêt ; nous voyons maintenant et en sens inverse, que, s'ils ont intérêt à ce qu'elle ne soit pas établie, elle ne leur est pas opposable.

Primus a, par exemple, fictivement vendu un im-

par l'art. 1099 ne s'appliquerait qu'aux donations excessives. La simulation aurait alors pour effet de rendre nulle une libéralité qui n'eut été que réductible.

(1) Cass. 17 mai 1873. S (74, 2, 46).

meuble à Secundus, lequel l'a revendu à Tertius, que nous supposons expressément être de bonne foi. Tertius peut, à son choix, ou démontrer l'existence de la contre-lettre et arguer de nullité la vente que lui a consentie Secundus (1599), ou si la contre-lettre est produite, déclarer qu'elle ne lui est pas opposable (1321).

De même, une personne, en vertu d'un titre régulier, est propriétaire apparent d'un immeuble sur lequel elle consent des hypothèques ; démontrerait-elle plus tard qu'elle n'était qu'un simple prête-nom dépourvu de tout pouvoir d'hypothéquer, les hypothèques qu'elle aurait consenties devront être maintenues dans l'intérêt des créanciers (1).

La Cour de Cassation entend par *tiers*, dans le sens de l'art. 1321, tous ceux qui n'ont pas souscrit la contre-lettre et notamment les créanciers chirographaires du simulant (2). Cette définition doit être entendue avec tempérament. Ceux qui continuent la personne de l'une des parties sont liés par la contre-lettre quoiqu'ils ne l'aient pas souscrite : tels sont les héritiers, les légataires universels, etc. De même, le mineur et le mandant sont liés par la contre-lettre souscrite par le tuteur et le mandataire, parce qu'il y a ici confusion de personnes.

Cette décision est applicable au mineur ou au man-

(1) Aubry et Rau, 4e édit., tome 3, § 266, p. 268 — Voir dans le sens de notre théorie une note (*in fine*) sous un arrêt d'Orléans du 10 février 1876. S. 76, 2, 311.

(2) Cass. 18 août 1874. S. (75, 1, 255).

dant, alors même que la contre-lettre souscrite par le tuteur ou le mandataire n'aurait pas acquis date certaine. Car le tuteur n'est pas un tiers à l'égard de son pupille en ce qui concerne la tutelle, ni le mandant vis-à-vis du mandataire en ce qui concerne le mandat.

Il ne suffit pas d'être tiers pour pouvoir repousser l'effet d'une contre-lettre. Il faut, de plus, être *tiers de bonne foi* (1). En effet, la disposition de l'art. 1321 est écrite uniquement en vue de favoriser le crédit public et d'éviter les surprises. Mais un tiers qui a traité, en connaissant l'existence de la contre-lettre, peut-il dire qu'il a été surpris et trompé dans ses espérances? L'injustice ici consisterait non à repousser l'art. 1321 mais à l'appliquer.

Quant le tiers est de bonne foi, il importe peu que la contre-lettre ait ou non date certaine ; fut-elle authentique, elle ne lui est pas opposable. La certitude de la date, en effet, ne purge pas la contre-lettre du vice de la clandestinité ; elle ne protége pas les tiers contre le dol ou la fraude, du moins la protection est-elle très-incomplète.

Nos solutions resteraient les mêmes, si l'action en simulation, au lieu d'être exercée par le simulant lui-même, l'était par ses créanciers. Ainsi, l'acquéreur fictif ayant cédé l'immeuble soi-disant vendu à un tiers de bonne foi, celui-ci devra triompher contre les créanciers du véritable propriétaire, aussi bien que

(1) Demolombe, *Traité des contrats*, tome VI, pag. 296 et 297.

contre le propriétaire lui-même (1). On objectera que les créanciers n'ont aucune fraude à se reprocher; soit. Mais ce n'est pas pour punir les créanciers que la loi maintient le titre apparent, c'est pour protéger le crédit public et la sécurité des transactions ; remarquons d'ailleurs que dans le cas particulier de revente le tiers-possesseur combat, comme le créancier *de damno vitando ;* c'est alors le cas d'appliquer la maxime : *In pari causâ melior est causa possidentis.*

§ 2.

On entrevoit déjà que la difficulté va être beaucoup plus grande dans le cas de simulation organisée contre la loi. Si je souscris par exemple, une obligation usuraire, en la voilant sous un contrat quelconque, le débiteur pourra-t-il opposer l'exception d'usure à un tiers, à un cessionnaire qui réclamerait le paiement?

Ou bien encore si des donations excessives, ont été déguisées sous l'apparence de ventes fictives les héritiers du donateur peuvent-ils, à l'encontre des tiers, en demander la réduction.

Remarquons, avant d'aller plus loin, que nous sommes bien ici dans les *termes* ou tout au moins dans l'esprit de l'art. 1321. En somme, une *contre-lettre* c'est tout *pacte secret* (2) qui modifie un contrat osten-

(1) On a cité au sens contraire un arrêt de la Cour de cassation en date du 12 mai 1827 (S. 27, 1, 331) ; mais cette décision ne saurait être invoquée contre nous, puisqu'elle suppose que le tiers était de *mauvaise foi.*

(2) En matière de contrat de mariage le mot *contre-lettre* a un sens spécial dont nous faisons abstraction.

sible et simulé. Et il importe peu que ce pacte soit écrit ou non écrit, que la simulation porte sur la nature de l'acte ou sur l'identité du bénéficiaire. Toute distinction ici serait arbitraire. Il importe peu encore qu'il s'agisse de droits personnels ou de droits réels ; de la transmission des créances ou de la transmission des immeubles. L'art. 1321 serait certainement applicable dans tous ces cas, s'il s'agissait d'une simulation dirigée contre les tiers (1). L'est-il, lorsque la simulation est faite en fraude de la loi ?

On peut dire en faveur de l'affimative que l'art. 1321 ne distingue pas et que là où la loi ne distingue pas, le jurisconsulte ne doit pas distinguer.

On ajoutera secondement que l'art. 1321, dont l'objet surtout de consolider le crédit et de faciliter les transactions, doit avoir une portée générale indépendante du but poursuivi par les simulants.

Enfin, dira-t-on, les progrès du droit tendent à rendre anonyme l'obligation, c'est-à-dire la valeur créée en représentation d'un service rendu et à la dégager de plus en plus des exceptions personnelles que les souscripteurs pourraient faire valoir. Le titre au porteur, par exemple, n'est-il pas le résultat de ces tendances ? Cette innovation eut bouleversé les idées juridiques des Romains, et cependant nul n'oserait aujourd'hui la critiquer, tant les avantages qu'elle présente sont nombreux. Bien plus, en matière commerciale,

(1) Duvergier, *Vente*, tome II, n° 225. Troplong, *Vente*, n° 291. Cass. 25 juillet 1832. S. (33, I, 347).

« la lettre de change serait évidemment nulle pour défaut de cause, s'il n'y avait pas de valeur fournie (1). Mais si elle avait une cause réelle et licite, quoique celle qui est indiquée fut inexacte, la lettre de change serait valable. *Dans tous les cas*, le défaut de cause ou le fait d'une cause illicite ne saurait être opposé au tiers porteur de bonne foi (2), pas plus que toute autre exception dérivant de ce que la valeur fournie est défectueuse ou est devenue insuffisante ou a cessé d'exister, à moins que le tiers porteur n'eût connu le vice au moment de la cession (3). »

Or, les raisons de crédit public qui ont milité en faveur des tiers en cette matière, se présentent avec la même force, s'il s'agit de cession de créances civiles ou de transmission de droits réels.

D'où il faudrait conclure que, dans les exemples choisis, l'exception tirée de l'usure ne saurait être invoquée contre les tiers et que l'action en réduction d'une libéralité simulée ne saurait être dirigée contre eux.

Il y a quelque chose de vrai dans ce système et le législateur en devra tenir compte s'il réglemente jamais la matière de la simulation. Mais dans l'état actuel des textes, décider que l'exception d'usure, opposable au créancier, ne le sera pas à un tiers cessionnaire, cela nous paraît trop hardi ; c'est renier toutes les traditions

(1) Cass. 20 nov. 1817. S. (19, 1, 30).

(2) Massé, *Droit commercial*, tome 4, nos 95 et 132. Horson, *Questions sur le Code de commerce*, no 49. Persil, *Traité de la lettre de change*, no 41, p. 68. Nouguier, *Des lettres de change*, tome I, no 121.

(3) Alauzet, *Cours de Code de commerce*, tome II, no 785

juridiques ; n'est-il pas certain, en effet, qu' « en vertu » du principe qu'un successeur ne peut acquérir des » droits plus étendus et plus solides que ceux de son » auteur, le tiers contre lequel un droit a été cédé est « en général admis à opposer au cessionnaire les » exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant lui-» même (1) ? »

Et d'ailleurs, ajouterons-nous l'art. 1321 ne doit pas s'appliquer de la même manière à la simulation organisée contre la loi et à la simulation organisée contre les tiers. Dans la seconde hypothèse l'intérêt des tiers n'est en lutte que contre un intérêt privé, celui du créancier ou celui du simulant ; ici, au contraire, il va se trouver en face d'un intérêt général : l'intérêt de la loi. Faciliter les transactions, c'est bien, mais défendre la morale publique n'est-ce pas mieux ? Or, dans le système que nous combattons, un débiteur actionné en paiement d'une obligation, si honteuse qu'en soit la cause, devra succomber si le demandeur est un tiers de bonne foi. De là à décider que les actions fondées sur l'erreur, la violence ou le dol doivent être données, non *in rem* mais *in personam*, il n'y a qu'un pas et nous devons constater que du moins en ce qui concerne l'*action de dol* on a essayé de le franchir (2). Toutes ces doctrines sont contraires aux principes généraux du droit, principes contre lesquels l'usage a pu

(1) Aubry et Rau, t. IV, 4e édit., p. 425 et 426.

(2) Marcadé, notamment, soutient sur l'art. 1116 que l'action de dol est personnelle.

prévaloir en matière commerciale, mais qu'il ne pourra ébranler en matière civile.

Qu'on ne vienne pas soutenir que le simulant est en faute à l'égard des tiers et que la réparation la plus naturelle de cette faute serait de maintenir contre lui le contrat simulé. La prétention est inadmissible. Si une faute a été commise, qu'on demande, en vertu de l'article 1382, la réparation du préjudice causé ; on acquerra alors contre le simulant un droit personnel et, en cas d'insolvabilité, ce droit sera réduit au marc le franc comme celui de tous les autres créanciers ; mais il serait exorbitant de vouloir, en s'appuyant sur l'art. 1382, maintenir un droit réel qui donnerait à son heureux titulaire une situation privilégiée en cas de malheur commun.

On tire argument de la généralité des termes de l'art. 1321. Cet article, croyons-nous, a eu simplement pour but d'abroger l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII. Or, l'art. 40 ne s'appliquait qu'aux actes sous signature privée « ayant pour objet une augmentation » de prix stipulé dans un acte public ou dans un acte » sous signature privée précédemment enregistré. » Et il est probable que l'art. 1321 vise le même genre de contre-lettres.

Maintenant nous avons, par analogie de raisons, appliqué cet article à toute simulation dirigée contre les tiers, mais la simulation dirigée contre une loi d'intérêt général nous paraît avoir un caractère différent et nous croirions dépasser les intentions du légis-

lateur, en soustrayant les tiers à ses effets, quelque rigoureux qu'ils puissent parfois devenir.

Notons, en terminant, que les tiers ne peuvent jamais obtenir la sécurité absolue qu'on voudrait leur procurer, car lors même que les lois sur la simulation les mettraient à l'abri de l'inquiétude, ils auraient toujours à craindre que le droit qu'ils acquièrent n'ait été consenti à leur auteur que par suite d'erreur, de violence ou de dol, et que partant il ne leur ait pas été transmis d'une manière définitive. Il est clair que ne vouloir traiter qu'avec la certitude *mathématique* que l'on ne sera pas inquiété, c'est se condamner à ne traiter jamais. Dans la pratique, un homme raisonnable doit se montrer moins difficile.

La théorie que nous défendons paraît prévaloir aujourd'hui. Ainsi l'on reconnaît que l'action en réduction des libéralités excessives peut être exercée à l'encontre des tiers de bonne foi, même lorsqu'elles ont été voilées sous l'apparence de contrats à titre onéreux et que les tiers par conséquent croyaient traiter avec un acheteur et non avec un donataire (1).

(1) Demolombe, *Traité de Donations*, t. II, n° 619 et suiv. et t. III, n° 760. Aubry et Rau, 4e édit., t. VII, page 22, note 3, page 428, note 6 *in fine*. Voir cependant un arrêt contraire de la Cour de cassation du 14 déc. 1826. (S. 27, 1, 60).

CHAPITRE III.

APPLICATION DES PRINCIPES PRÉCÉDENTS AUX DONATIONS DÉGUISÉES.

Après avoir établi la théorie générale de la simulation, notre intention n'est pas de l'appliquer à tous les cas que l'imagination du juriste pourrait inventer, pas même à tous ceux qui se sont présentés dans la pratique. Outre que ce travail étendrait beaucoup trop les limites de cette modeste étude, il aurait pour résultat inévitable de nous exposer à un grand nombre de répétitions. Les principes que nous avons posés suffisent à résoudre la plupart des espèces (1).

Nous nous bornerons donc à examiner ici un problème que la jurisprudence nous semble avoir résolu d'une manière contraire à ces principes. Nous voulons parler des *donations déguisées*.

Dans notre thèse de Droit romain, nous avons dit que ni les textes du Digeste, ni les Constitutions du Code ne peuvent être sérieusement invoqués en faveur de la validité de ces donations.

Quant à notre ancien Droit, la plupart des auteurs pensent que jusqu'en 1731, cette validité devait être

(1) Nous indiquons et nous résolvons dans nos Positions quelques espèces particulières.

incontestable, parce que, disent-ils, avant cette époque, les donations n'étaient soumises à aucune règle de forme. Cet argument est inexact. En effet, l'ordonnance de 1539, article 83, et la déclaration du mois de février 1549, exigeaient que : « quand » la donation est commencée en l'absence du donataire, » l'acceptation soit faite par lui en présence de personnes » publiques et de témoins ou de deux notaires. »

Ainsi, entre absents, l'acceptation devait être expresse ; *entre présents*, la donation n'était pas non plus dépourvue de solennité, puisque un arrêt du Parlement de Paris en date du 30 avril 1663, avait décidé que s'il n'était pas absolument indispensable que le mot *accepter* se trouvât dans l'acte, du moins il devait résulter des termes employés que l'acceptation avait été formelle.

De plus, l'article 132 de l'ordonnance de 1539 édictait la nécessité de l'insinuation : « Nous voulons, di- » sait cet article, que toutes donations qui seront ci- » après par et entre nos sujets soient insinuées et enre- » gistrées en nos Cours et juridictions ordinaires des » parties et des choses données ; autrement elles se- » ront réputées nulles et n'auront leur effet que du jour » de l'insinuation. »

On voit que les donations étaient déjà soumises à des formalités particulières, et l'on peut se demander dès lors si les donations déguisées sous le voile de contrats onéreux n'étaient pas nulles comme faites en fraude de l'ordonnance. Pour nous l'affirmative est certaine.

Quoi qu'il en soit, jusqu'en 1731, il régna dans cette matière une grande confusion dont la fraude dut largement profiter. Louis XV dit même que c'est pour rétablir en France l'unité de doctrine et de juridiction sur la validité des donations qu'il rend une ordonnance nouvelle; mais, depuis lors, on ne peut contester qu'il ne fut plus permis de faire de donations sous le couvert d'une obligation ou d'une vente.

Voici le texte de l'article 1 : « Tous actes portant do-
» nations entre-vifs seront passés par devant notaires,
» et il en restera minute à peine de nullité. »

Art. 2....

Art. 6. « L'acceptation de la donation sera expresse
» sans que les jugements puissent avoir aucun égard
» aux circonstances dont on prétendrait induire une
» acceptation tacite ou présumée, et ce, quand même
» le donataire aurait été présent à l'acte de donation et
» qu'il l'aurait signé, ou quand il serait entré en pos-
» session des choses données. »

En présence de ces textes, il est impossible de valider les donations faites sous la forme de contrats à titre onéreux, car enfin, si la solennité des formes et de l'acceptation d'une donation est requise à peine de nullité, comment des actes qui manquent évidemment de ce caractère essentiel pourraient-ils sortir leur effet ?

On invoque cependant contre notre opinion les commentateurs de l'ordonnance : Furgole, Salle, Serres, Boutaric, Damours. Ces auteurs, dit-on, n'appliquaient pas les dispositions de l'ordonnanee à toutes les donaions et notamment aux donations *tacites*. — Mais on

commet ici une confusion évidente. Sans doute, ils n'appliquaient pas les prescriptions de l'ordonnance à toutes les donations. Ainsi, ils exceptaient « les acquits ou renonciations à un droit certain et établi. » En effet, le législateur a été de tout temps favorable aux libérations, et jamais il n'a exigé que la remise d'une dette fut entourée de solennité. Sur ce point, tout le monde est d'accord. D'Aguesseau fait remarquer encore : « que l'art. 1 de l'ordonnance n'est pas applicable au cas » ou le don se consomme sans acte par la tradition réelle » d'un meuble ou d'une modique somme. » Il eut été ridicule d'exiger un acte notarié pour donner un pourboire à un domestique. Enfin, et c'est ici le point important, les anciens auteurs font encore exception pour les donations *tacites*. « L'intention du législateur, dit » Furgole (1), n'a pas été de supprimer ou d'abroger » les donations tacites dans le cas où elles sont pré- « sumées, non plus que les quittances ou renonciations » qui sont d'écriture privée, lorsqu'elles renferment » des traités réciproques, ou qu'on ne peut les consi- » dérer comme des donations proprément dites.... Le » texte « Tous actes portant donation », fait compren- » dre qu'il n'entend parler que des donations expresses » dont on avait accoutumé de dresser des actes pour » la preuve de la donation. »

Dans la première partie de ce passage, Furgole ne parle que des donations tacites *au cas où elles sont présumées*. Il veut dire simplement que, dans le cas où la

(1) *Comm. de l'Ordonnance sur l'art.* 1.

loi présume dans un acte, une donation, celle-ci reste valable malgré l'absence des formes. Autrefois, par exemple, l'usufruitier qui avait fait des constructions sur le terrain du nu-propriétaire était censé avoir fait l'abandon des matériaux. *Donâsse videtur*, disait-on. Cette libéralité était valable, quoique faite en l'absence de toute solennité.

La seconde partie du passage de Furgole est un peu plus générale. Elle semble réserver aux donations *expresses* l'application de l'art. 1 de l'ordonnance. Or, dit-on, une donation déguisée n'est pas une donation expresse ; donc l'article ne lui est pas applicable. Il s'agit précisément de savoir ce que Furgole entend par *donation expresse*. La donation expresse c'est évidemment l'opposé d'une *donation tacite* ; donation tacite et donation déguisée ne sont pas du tout synonymes. Nous croyons trouver le type de la donation tacite dans l'espèce suivante :

Pierre vend à Paul, son ami, pour 49,000 francs une maison qui en vaut 50,000. Pierre pour cimenter ses bons rapports avec Paul lui fait en somme une donation de 1,000 francs. Voilà une donation tacite, latente en quelque sorte et l'on comprend qu'une telle donation soit dispensée des formes. Décider le contraire ç'eut été rendre les relations d'affaires très-difficiles ; n'est-il pas vrai que dans tous les contrats, ou du moins dans presque tous, il arrive que, pour des motifs quelconques, l'une des parties n'exige pas de l'autre tout ce que la justice lui donnerait le droit d'exiger ?

Mais tout autre est le cas de la donation déguisée.

Ici il n'y a pas de contrat principal et sérieux dont la libéralité n'est que l'accessoire ; la libéralité devient au contraire l'objectif principal des simulants, et le contrat onéreux n'est qu'une vaine apparence; — les deux cas sont bien différents.

Cette distinction entre les libéralités tacites et les libéralités déguisées est d'autant plus précieuse à établir qu'elle nous fournit le moyen de concilier l'opinion de Furgole avec celle de Pothier. Ce dernier auteur déclare nulles les donations faites sans les formes prescrites par l'ordonnance, fussent-elles déguisées sous les dehors et les couleurs d'une vente : « Un tel contrat, dit-il, n'est pas une vente mais une donation faussement qualifiée de vente laquelle doit être sujette à toutes les formalités des donations et ne peut être valable qu'entre personnes qui se peuvent donner (1) »

Nos adversaires, on le voit, ne peuvent pas plus invoquer en faveur de leur système l'ancienne jurisprudence que le droit romain.

Ils ont donc cherché à tirer argument de deux ou plutôt d'une disposition législative de la période révolutionnaire. L'art. 26 du décret du 27 nivôse an II est ainsi conçu : « Toutes donations à charge de » rente viagère ou ventes à fonds perdu, en ligne di- » recte ou collatérale à l'un des héritiers présomptifs » ou à ses descendants sont interdites, à moins que » les parents du degré de l'acquéreur et des degrés plus » prochains n'y interviennent et n'y consentent.

(1) *Traité de contrat de vente*, art. 2, § 1.

» Toutes celles faites sans ce concours depuis et com-
» pris le 14 juillet 1789, aux personnes de la qualité
» ci-dessus désignée sont annulées, sauf à l'acquéreur
» à se faire rapporter par son donateur ou vendeur
» ou par ses héritiers tout ce qu'il justifiera avoir payé
» au-delà du juste revenu de la chose aliénée ; le tout
» sans préjudice des coutumes ou usages qui auraient
» invalidé de tels actes même avant le 14 juillet
» 1789. »

Puis vint une loi du 18 pluviôse an V dont l'art 7 abolit l'effet rétroactif de la précédente.

Cela posé on argumente de la manière suivante : le législateur reconnaît que la plupart des ventes à fonds perdu étaient des libéralités déguisées ; or il croit devoir les annuler, donc précédemment elles étaient valables.

Ce raisonnement est vicieux. Le législateur de l'an II n'a pas *annule les libéralités déguisées ;* il a simplement établi contre certains contrats des présomptions *juris et de jure* de libéralité. Il a dit : Les libéralités déguisées sont nulles, sans doute, mais bien souvent il est difficile de prouver le déguisement ; je vais venir en aide aux intéressés en les dispensant dans tel et tel cas de prouver ce qu'ils avancent.

Donc encore c'est à tort que l'on demande des arguments au droit intermédiaire.

Nous arrivons enfin au droit actuel. N'est-il pas évident, d'après les principes exposés plus haut, que toute la question se réduit à se demander si les art. 931 et suiv. sont d'ordre public et si la solennité des

donations est requise dans un but d'intérêt général? Or, qui pourrait soutenir le contraire?

« C'est surtout en matière de donations, dit un de » nos confrères (1), c'est en matière de donations que » l'abus est le plus à craindre et que la loi a le devoir » de prendre dans l'intérêt général, les précautions » exigées par la justice et commandées par la pru- » dence.

» Par la donation, le propriétaire se dépouille irré- » vocablement et sans compensation ; le législateur ne » devait-il pas intervenir pour garantir le disposant » contre des entraînements irréfléchis, et le prémunir » contre des libéralités qui ne résulteraient pas d'une » volonté suffisamment libre?

» Par la donation, le père de famille ou l'enfant » peuvent s'ils oublient leur mission ou leur devoir, » enlever à une famille les espérances légitimes qui » étaient le gage de leur avenir ; ici encore le légis- » lateur ne devait-il pas interposer son autorité, se » mettre à la place du père de famille injuste, ou de » l'enfant ingrat, réparer leurs torts et s'assurer ainsi » que l'ordre général des familles ne serait pas trou- » blé?

» Le propriétaire qui aurait eu la libre disposition » de ses biens, pouvait faire usage de cette liberté » sans limite, pour combattre les principes fondamen- » taux de notre état social moderne ; n'était-il pas dans

(1) Me P. Chesnelong, dans son excellente thèse de Doctorat sur les *Donations déguisées en droit français.*

» le droit du législateur d'intervenir dans l'intérêt de » la société, d'empêcher par des dispositions efficaces » toute tentative de retour à des principes condamnés » par la constitution, et de faire respecter le régime » d'égalité qui était devenu le fondement désormais » inébranlable de notre système successoral?

» Comme le disait très-justement le tribun Favarot, » dans son rapport au Corps législatif : « La loi qui » règle l'usage des propriétés ne peut pas, sans une » rigueur que la nature désavoue, ravir totalement au » citoyen le droit de disposer, mais elle ne peut pas » sans une indiscrétion impolitique lui laisser une li- » berté indéfinie. »

Or, le législateur, pour faciliter aux magistrats et aux intéressés cette tâche de surveillance, a ordonné que toute donation se fît publiquement, au grand jour, dans des formes solennelles. Le moyen qui assure la réalisation de la fin participe à son caractère; il est donc lui aussi d'intérêt général, la solennité est d'ordre public, et, dès lors, toute tentative de s'y soustraire, toute fraude à la loi doit être frappée d'une nullité radicale (1).

Contre cette théorie, qui nous paraît devoir être

(1) *Sic*: Devincourt, Duranton, Duvergier, Mourlon, Demante, Benech, Massé et Vergé sur Zachariæ, Vernet. M Gabriel Demante, dans une Étude très remarquable que publia le *Recueil de l'Académie de législation* (t. IV, page 1 et suiv.), a magistralement résumé la discussion et les arguments en faveur de la nullité. — M. Demolombe proteste contre la jurisprudence, mais avec une certaine timidité (Donat, t. XX, n° 99 et suiv.). MM. Aubry et Rau se prononcent, au contraire, pour la validité (§ 659, lettre *c*, note 24) sans donner aucun argument nouveau.

triomphante, que fait valoir la jurisprudence? Un argument *à contrario* tiré de l'article 911 : « Toute dispo-» sition au profit d'un incapable sera nulle, dit cet » article, soit qu'on la déguise sous la forme d'un » contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le » nom de personnes interposées. »

Et les tribunaux de dire : « Donc toute disposi-» tion déguisée ou faite à personne interposée est va-» lable si elle n'est pas faite au profit d'un incapable. » En réalité, on ne peut pas raisonner ainsi. Le législateur a voulu avertir les incapables que la simulation et la fraude ne le protégeraient pas ; et parce qu'il leur a fait expressément l'application d'une règle générale, peut-on en conclure que cette règle ne s'applique qu'à eux?

Or, voilà la seule base sur laquelle repose le système aujourd'hui régnant. Car nous ne considérons pas comme un argument sérieux le brocard en vertu duquel « l'on pourrait faire indirectement ce que l'on peut » faire directement, » la question étant précisément de savoir si le législateur n'a pas subordonné le droit de faire des donations aux conditions de solennité et de publicité dont il a été parlé.

Nous nous rangeons donc du côté des vaincus, et nous n'insistons pas davantage, car il faut désespérer de faire sortir la jurisprudence de la voie dans laquelle elle est entrée. Nous rappellerons seulement que la donation déguisée n'est considérée comme valable qu'à la condition d'exprimer une cause onéreuse sous la-

quelle se voile la libéralité. L'expression de cette cause est exigée à peine de nullité (1).

Quant aux règles de fond, les donations déguisées sont assimilées aux donations ordinaires; ainsi, d'abord elles sont *rapportables*. En effet, toute libéralité est rapportable à moins qu'elle soit faite expressément par préciput et hors part (843).

Cependant, le seul fait du déguisement n'implique-t-il pas chez le donateur l'intention de dispenser du rapport? Non, en principe; mais la Cour de Cassation admet que les juges peuvent faire résulter cette intention des circonstances qui accompagnent le déguisement (2).

Les donations déguisées, si elles sont excessives sont réductibles à la quotité disponible (3), et nous avons soutenu dans le chapitre précédent que cette réduction doit s'opérer même à l'encontre des tiers. Sur ce point, déguisées ou non, toutes les donations sont semblables, et la Cour suprême a encore jugé que l'article 928 du Code civil relatif : « à la réduction des » donations entre-vifs et qui dispose que si la demande » en réduction n'est formée que plus d'une année » après le décès du testateur, le donataire ne sera tenu » de restituer les fruits qu'à compter du jour de la » demande et non du jour de la mort du testateur, est

(1) Voir *suprà*, pag. 68 et 69.
(2) Cass., 18 août 1862; (S. 63. I. 265).
(3) Cass, 13 déc. 1859; (S. 60. I. 624).

» applicable, même au cas de donation déguisée » (1).

Enfin, il n'est pas douteux que la donation déguisée soit révocable pour cause de survenance d'enfants et pour cause d'inexécution des charges, d'après les principes que nous avons admis ; cette révocation pourrait avoir lieu même au préjudice des tiers.

La jurisprudence actuelle admet que la donation déguisée est nulle :

1° Si elle est faite en faveur d'une personne incapable ; c'est le texte même de l'article 911.

2° S'il s'agit d'une donation entre époux.

A ce propos nous devons signaler une grande controverse soulevée sur l'article 1099. Cet article dispose : « Les époux ne pourront se donner indirectement au-» delà de ce qui leur est permis par les dispositions » ci-dessus. Toute donation, ou déguisée, ou faite à » personne interposée est nulle. »

Cet article distingue entre l'avantage indirect qui est réductible s'il excède la quotité disponible entre époux et la donation déguisée dont la nullité est, ce semble, clairement prononcée. La libéralité déguisée ou faite à personne interposée se cache, tandis que l'avantage indirect résultant, par exemple, de la renonciation à un legs ou à une succession lucrative, ne se cache point. Il est plus difficile d'atteindre celle-là que de réduire celui-ci à de justes limites, et la raison conçoit dès lors entre les deux une différence de traitement ; la disposition de l'art. 1099 est justifiée.

(1) Cass., 16 août 1853 ; (S. 55 I. 275).

Aussi, ne comprenons-nous pas que, dans un système adopté cependant par des auteurs recommandables (1), on ait voulu effacer cette distinction et décider que les libéralités déguisées entre époux ne sont pas nulles mais seulement réductibles à la quotité disponible.

Encore moins comprenons-nous que l'on ait voulu faire dépendre la validité de pareilles donations, soit *de fait*, que la quotité disponible a été ou non dépassée (2), soit de l'*intention* du disposant de dépasser ou de ne point dépasser cette quotité (3).

Aucune de ces théories n'est conforme à la loi. On les voit cependant triompher tour à tour, car la jurisprudence est encore hésitante, mais l'idée vraie s'est fait jour devant la Cour de Montpellier. Elle décidait récemment qu'entre époux « à la différence des dona- » tions indirectes, seulement réductibles à la quotité » disponible, les donations déguisées ou à personnes » interposées sont nulles pour le tout (4). » C'est l'application pure et simple du texte.

L'arrêt que nous citons avait également à résoudre une question bien importante, celle de savoir par qui l'action en nullité peut être intentée.

(1) Rodière, *Revue de législation*, t. I, pag. 472 ; Bugnet sur Pothier, *des Donations entre mari et femme*, nos 78 et 81 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. IV, § 461, note 19.

(2) C'est le système de M. Troplong dans son *Traité des donations*, t. IV.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., t. VII, p. 276 et note 24.

(4) Montpellier, 28 fév. 1876 ; (S. 1876. 2. 240).

Dans un *premier système*, il faudrait distinguer entre le cas où la donation contreviendrait aux art. 1094 et 1098 relatifs à la quotité disponible entre époux et celui où l'on enfreindrait l'art. 1096 relatif seulement à la révocabilité.

A. A-t-on violé l'art. 1094, les héritiers réservataires seuls peuvent se plaindre, à l'exclusion du donateur et de ses créanciers, puisque c'est dans l'intérêt des héritiers à réserve que l'art. 1094 a été édicté.

S'agit-il d'une infraction à l'art. 1098, les enfants du premier lit, que notre article a seuls voulu protéger, auront seuls le droit d'intenter l'action.

B. Est-ce l'art. 1096 que l'on a fraudé? Dans ce cas, le donateur lui-même, ses créanciers et ses héritiers quels qu'ils soient, pourront agir, car la révocabilité des donations entre époux est chez nous une règle d'ordre public et les nullités d'ordre public peuvent être invoquées par toute personne intéressée. Que l'on n'objecte pas, en ce qui concerne les héritiers, que le donateur en persistant jusqu'à la mort dans son silence a ratifié la donation déguisée; on pourra toujours supposer que se croyant lié par le contrat simulé, il n'a pas eu la liberté morale nécessaire pour exercer la révocation.

Tel est le premier système.

Le second est plus absolu et nous croyons aussi plus juridique. Il enseigne que le § 2 de l'art. 1099 est une disposition d'*ordre public* et que dès lors tout intéressé peut se prévaloir de la nullité qu'il édicte. Voilà, d'après nous, la solution véritable. Les art. 1094

et suivants ont été écrits pour conserver au mariage sa dignité et sa pureté. Toute infraction à cet article est une infraction à la morale publique, et dès lors nous déciderions avec la Cour de Montpellier (1) que le donateur, comme ses héritiers, comme ses créanciers, comme tout intéressé, enfin, peut se prévaloir de la nullité encourue et la faire prononcer.

Un mot, en terminant ce chapitre sur les avantages indirects. Nous serons très-bref, car ils ne constituent pas une simulation proprement dite.

Nous avons déjà dit qu'il y a avantage indirect quand, par exemple, Primus vend à Secundus pour 49,000 francs un objet qui en vaut 50,000. Il y a dans ce cas donation indirecte de 1,000 francs.

Il y a de même avantage ou donation indirecte quand un héritier renonce à une succession, si les circonstances démontrent que son abstention n'a eu pour but que d'enrichir ses cohéritiers ; quand un légataire renonce à son legs *intuitu heredis* ; ou quand on laisse s'accomplir une prescription dans le but de favoriser celui qui prescrit.

On conçoit que, dans ces divers cas, la loi n'exige pas les formalités ordinaires des donations. En effet, d'abord la question ne se pose pas pour les simples omissions, une *formalité* supposant nécessairement un acte positif.

En second lieu, le législateur est favorable aux remises de dettes, et quant aux autres actes tels que la renonciation à une succession, une vente à bon mar-

(1) Même arrêt.

ché, etc.; remarquons que l'intention de faire principalement une libéralité, ne résultant pas de l'acte lui-même, la loi eut suscité, en exigeant les formalités de la donation, une foule de procès de tendance qu'il était convenable d'étouffer dans leur germe.

Quant au fond, les avantages indirects sont soumis aux règles générales. Ils sont nuls et sujets à répétition s'ils sont faits à des personnes incapables (911), révocables pour les causes ordinaires (953 et suiv.), rapportables, quand la partie qui les a stipulés succède au donateur (843 et suiv.), réductibles enfin quand ils dépassent la quotité disponible soit entre époux (1099), comme entre toutes personnes (1).

CHAPITRE IV.

DE LA SIMULATION AU POINT DE VUE DU DROIT CRIMINEL.

Nous avons déjà dit dans le cours de cette étude que la simulation n'implique pas toujours l'idée de fraude; à plus forte raison doit-on soigneusement la distinguer du faux.

La loi française prévoit et punit le *faux en écritures* dans les art. 145 et suivants du Code pénal; mais elle

(1) Cpr. MM. Aubry et Rau, t. VII, p. 80.

n'indique pas tous les éléments constitutifs de ce crime. Un arrêt de la Cour de Cassation en date du 8 avril 1843 (1) a mis sur ce point un terme aux fluctuations de la doctrine et de la jurisprudence, en décidant que le faux, pour tomber sous la répression pénale, doit, en droit français comme en droit romain, renfermer : 1° l'altération matérielle de la vérité ; 2° l'intention de nuire ; 3° la possibilité d'un préjudice résultant de l'écriture falsifiée.

Quand la simulation n'est pas frauduleuse ou quand, malgré le dol des contractants, il est impossible qu'elle porte aux tiers un préjudice appréciable, les peines du faux ne sauraient donc être encourues. Mais en est-il différemment quand il y a intention de nuire et préjudice possible ? Dans ce cas, le fait de la simulation ne renferme-t-il pas le troisième élément « l'altération matérielle de la vérité » et ne constitue-t-il pas le crime de faux? Avec les criminalistes les plus éminents (2) nous répondrons *négativement*.

En effet, les diverses espèces de faux en écritures peuvent être rangées dans deux catégories distinctes : il y a le faux *matériel* et le faux *intellectuel*. Ce dernier est perpétré par le fonctionnaire ou l'officier public qui, « en rédigeant des actes de son ministère, en » dénature frauduleusement la substance ou les cir- » constances, soit en écrivant des conventions autres » que celles qui auraient été tracées ou dictées par les

(1) S. 45, I. 619,

(2) Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, tom. II, p. 338 et 341. — Voir aussi Boitard, *Leçons de droit criminel*, § 221.

» parties, soit en constatant comme vrais des faits » faux, ou comme avoués des faits qui ne l'étaient » pas. » (Art. 146). Le faux ici n'a rien de tangible. Ce n'est pas un acte sincère que l'on contrefait, que l'on rature ou que l'on surcharge. C'est une déclaration que l'on ne transcrit pas telle qu'elle devrait être transcrite; c'est une circonstance que l'on ne relate pas telle qu'elle devrait être relatée. — Au contraire, il y a faux *matériel* lorsque l'on fabrique un acte ou bien lorsque par addition, omission ou altération de clauses on lui fait dire autre chose que ce qu'il disait en réalité. (Art. 145 et 147). Ici l'attentat s'adresse non plus à la déclaration des parties, mais à l'écriture qui en rendait témoignage. Le faux est du ressort des sens. — Dans le faux intellectuel, le faux naît en même temps que l'acte ; dans le faux matériel, le crime est postérieur à l'acte, sauf le cas de fabrication de pièces fausses où il ne peut être question d'antériorité.

L'on entrevoit déjà que la simulation ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux catégories. Il ne peut être question de *faux intellectuel*, puisque ce crime ne peut être commis que par l'officier public, et que celui-ci, si son intervention est requise se bornera à coucher sur la minute ce que lui déclareront les parties. Il n'est pas garant de la sincérité de leurs dires, et saurait-il qu'ils sont frauduleux et mensongers, il peut, au point de vue légal, leur laisser la responsabilité de l'indélicatesse qu'elles commettent.

Cependant, le notaire ne pourrait, d'après nous, consentir à modifier la date de l'acte qu'il reçoit, si les

parties le lui demandaient dans le but de nuire à des tiers, et si le notaire connaissait leur intention frauduleuse. — En effet, la date d'un acte public rentre dans la série des affirmations *personnelles* de l'officier public, affirmations dont il est *garant*, et que ni les tiers, ni les parties ne peuvent combattre que par la voie de l'inscription de faux; il nous paraît certain que le notaire qui, frauduleusement, antidate un acte qu'il reçoit, commet un faux aussi bien que celui qui suppose la comparution devant lui d'une personne qui, en réalité, n'a pas comparu.

Mais l'exception confirme la règle, et l'on voit qu'en général le notaire qui reçoit un acte simulé ne saurait encourir les peines portées par l'article 146 du Code Pénal. — Il ne commet pas un faux *intellectuel*.

Quant au faux *matériel*, la loi a limitativement déterminé les modes dont il peut être commis, soit par l'officier public dans l'exercice de ses fonctions (article 145), soit par les autres personnes (art. 147). Or, il s'agit dans les dispositions de la loi, de fabrication de pièces fausses ou de fausses signatures, de ratures, de grattages, de lacérations, d'additions ou d'altérations matérielles de clauses, etc., tout autant de fraudes *tangibles* que la simulation ne renferme pas et auxquelles on ne pourrait l'assimiler qu'en sortant des strictes limites de l'incrimination pénale.

Ainsi, la simulation pratiquée par un acte authentique ne constitue ni un faux *intellectuel*, ni un faux *matériel*. A plus forte raison, ou si l'on veut, pour la même raison, en est-il ainsi lorsque le contrat simulé

est *sous seing privé*. Cependant, on pourrait dire dans ce dernier cas que les parties commettent un *faux intellectuel*. Cela est vrai, mais l'article 150, qui s'occupe des écritures privées, n'incrimine que le *faux matériel*. Cet article renvoie exclusivement à l'article 147 et non à l'article 146; en matière d'écritures privées, le *faux intellectuel* n'est pas incriminé.

Donc la simulation dans les actes juridiques n'est pas réprimée par la loi pénale.

Forte de l'autorité du jurisconsulte Merlin (1), notre opinion s'appuie encore sur l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII : « Toute contre-lettre, dit ce texte, » faite sous signature privée, qui aurait pour objet une » augmentation de prix stipulé dans un acte public ou » dans un acte sous signature privée précédemment » enregistrée est nulle et de nul effet. Néanmoins, » lorsque l'existence en sera constatée, il y aura lieu » d'exiger à titre d'amende une somme triple du droit » qui aurait eu lieu sur les sommes et valeurs ainsi » stipulées. »

Tout en réprimant sévèrement la simulation dans les actes, le législateur fiscal ne croit pas devoir la punir des peines du faux. On pourrait objecter, il est vrai, que l'article 40 est un *minimum*; qu'il ne s'y agit que de la simulation nuisible aux intérêts du fisc; que dans cette circonstance, vu les opinions et les préjugés reçus en France en cette matière, la loi ne veut pas sévir outre mesure, mais qu'elle doit redevenir

(1) Repert, v° *Faux*, sect. I, § 4.

sévère quand l'intérêt et la fortune des tiers sont en jeu.

Cette objection nous paraît avoir perdu toute sa valeur depuis la discussion de la loi du 23 août 1871. Cette loi établit des augmentations d'impôt et des impôts nouveaux relatifs à l'enregistrement et au timbre. Son article 12 est ainsi conçu : « Toute dissimulation dans » le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou » d'un partage, sera punie d'une amende égale au » quart de la somme dissimulée et payée solidairement » par les parties, sauf à la répartir entre elles par égale » part. » Or, il ne faut pas croire que l'Assemblée nationale prévît seulement le cas où une simulation est préjudiciable aux intérêts du trésor. L'Exposé des motifs contenait à cet égard les observations suivantes (1) :

« La fraude s'étend et se propage chaque jour ; il » devient urgent de mettre un terme à ses développe- » ments. La société n'y est pas moins intéressée que le » Trésor lui-même. Si le Trésor, en effet, doit assurer » l'application du grand principe de l'égalité de l'impôt » par le recouvrement intégral de la part de chacun » dans la dette commune, la société doit également » assurer l'avenir des familles par la conservation des » patrimoines. Or, dans tous les cas d'aliénation d'im- » meubles où sont engagés les droits des femmes ma- » riées, des mineurs, des tiers-créanciers, etc... le » droit de recours et le gage que la loi civile accorde » aux intéressés n'existent que pour le prix d'aliéna-

(1) Sirey, Lois annotées, 1871, p. 127, col. 3.

» tion porté dans les actes. Toute atténuation de ces » prix constitue donc une fraude préjudiciable aux » droits les plus légitimes et aux intérêts les plus res- » pectables. »

Le rapporteur de la commission (1) n'était pas moins explicite : « La dissimulation d'une partie du prix de » vente, disait-il, fait perdre au Trésor les droits qui » lui sont dus ; elle viole les principes d'égalité en » matière d'impôts ; elle met à la charge des autres » contribuables les sommes que l'acquéreur a fraudu- » leusement retenues. Elle compromet gravement l'in- » térêt des femmes mariées et des mineurs, qui perdent » généralement dans les liquidations ultérieures la » partie du prix qui n'a pas été portée dans l'acte ; » elle est préjudiciable aussi aux créanciers, à qui on » enlève subrepticement une partie de leur gage. »

Personne, on le voit, ne se faisait illusion sur le but et la portée ordinaire de la simulation ; nul cependant n'osa proposer d'appliquer à cette fraude, si nuisible aux tiers, les dispositions des art. 145 et suiv. du Code pénal ; personne même ne fit allusion à la possibilité d'une telle incrimination.

Notre doctrine ayant reçu l'assentiment implicite du pouvoir législatif, nous paraît réunir toutes les conditions requises pour mériter l'adhésion des juris-consultes.

Si ces observations sont exactes, il faut en conclure qu'un commerçant ne commet pas un faux en écrivant

(1) M. Mathieu Bodet, *ibid.* p. 132, col. 2.

sur ses livres le résultat d'une convention simulée qu'il aura faite avec un autre commerçant lors même que cette convention serait préjudiciable à des tiers. Il pourra se trouver dans la loi d'autres pénalités pour punir cette fraude, mais l'incrimination de faux serait injustement appliquée.

Le faux en écriture de commerce tient le milieu entre le faux en écritures authentiques et le faux en écritures privées. Il est assimilé au premier pour la pénalité ; il ressemble au second quant aux conditions et aux éléments qu'il doit renfermer pour tomber sous le coup de la loi (Cp. art. 147 et art. 150). Or, nous avons vu tout à l'heure que la simulation ne saurait constituer un faux en écritures privées, donc il doit en être de même en écriture de commerce.

Voilà un premier argument que suggère la lecture du texte. Nous reconnaissons cependant qu'il ne faudrait pas le pousser trop loin. Ainsi un commerçant porte sur ses livres qu'il a livré tant de marchandises à Primus, autre négociant, tel jour et en tel lieu. Si le fait est faux, et s'il réunit les deux conditions de possibilité d'un préjudice et d'intention frauduleuse l'art. 147 sera applicable. En effet les livres des commerçants sont assimilés non à des registres domestiques mais aux minutes d'un notaire (1), et dès lors, il y a ici une *addition de clauses*, dans un acte ou dans des

(1) Cette assimilation provient de ce que dans l'article 147 le législateur se borne à parler des faux commis dans les écritures *de commerce en général*. On conçoit cependant qu'il y a une différence très-sensible entre une addition de clause faite à une lettre de change, et une men-

livres propres à constater le fait mensonger. Mais remarquons-le-bien, cette addition de clause n'est punissable que si l'individu qu'elle constitue débiteur n'y est pas consent. Il en est de ce cas comme de celui où vous signez une obligation du nom d'un homme illettré. Si vous le faites sans son consentement, c'est un faux; s'il est consent il n'y a ni crime ni délit. Or, la simulation supposant une intention *commune* chez l'un et l'autre des simulants ne saurait constituer une addition de clause dans le sens de l'art. 147.

La Cour de cassation en a jugé autrement dans un arrêt en date du 7 mai 1863 (1). Un commerçant débiteur d'un failli poursuivi pour banqueroute frauduleuse avait porté sur ses livres un prétendu paiement qu'il aurait fait au failli et qui le libérait complètement vis-à-vis de ce dernier. Les débats n'établirent pas si le débiteur voulait profiter lui-même de la somme indûment retenue ou s'il voulait en faire profiter le failli. Poursuivi pour faux il se défendit en alléguant l'existence de cette convention simulée et en disant que la constatation de cette convention sur des livres de commerce, ou dans les minutes d'un notaire peu importe, ne rentrait pas dans les prévisions de l'article 147 du Code pénal. Ce moyen n'obtint aucun succès devant la Cour suprême. Les motifs de l'arrêt

tion inexacte insérée dans un livre-journal. Les criminalistes les plus autorisés, et notamment MM. Chauveau et Faustin-Hélie, sont d'avis que le premier de ces deux faits, et non le second, devrait seul constituer le crime de faux. Tom. II, p. 438 et 439.

(1) S. 63, I, 455.

ne donnent aucune réfutation de la théorie invoquée par l'accusé, ils se bornent à constater que la convention simulée loin d'atténuer la gravité du faux en explique au contraire toute l'immoralité.

Pour nous, puisque le failli avait consenti, il nous semble que le raisonnement de la défense était parfaitement exact. On nous objectera peut-être que, donné après la période fatale, le consentement du failli n'était pas valable; mais alors de deux choses l'une, ou la date de la mention était exacte et il n'y avait pas alors de *préjudice* puisqu'elle infirmait l'autorité de la mention, ou elle était inexacte et le faux consistait alors non dans la mention mais dans l'*antidate*.

Il n'est pas inutile de remarquer au point de vue de la moralité publique que relaxé du chef de faux l'accusé devait subir l'application de l'art. 403 qui le punissait des travaux forcés à temps comme complice de banqueroute frauduleuse.

Si la simulation doit toujours être distinguée du faux il est incontestable qu'elle peut être quelquefois qualifiée de manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie, prévu et puni par l'art. 405 du Code pénal. Ainsi Primus veut m'emprunter de l'argent et pour augmenter son crédit il conseille à son père ou à un de ses oncles dont il doit hériter de se faire consentir par des compères des créances simulées. Il m'apporte ensuite ces actes mensongers sur la foi desquels je lui compte une somme. Il est clair qu'il y a ici une escroquerie, dont les souscripteurs des actes simulés se sont rendus complices. Si Primus s'était fait

consentir directement des créances simulées l'art. 405 ne serait plus applicable, car ces débiteurs fictifs, si je faisais saisie-arrêt entre leurs mains, ne pourraient pas m'opposer l'exception de simulation (art. 1321) et dès lors il serait impossible de dire que Primus a fait naître en moi des espérances *chimériques*.

CHAPITRE V.

DROIT FISCAL.

La simulation est souvent pratiquée pour éluder les dispositions des lois fiscales. Dans ce cas, elle est évidemment frauduleuse ; mais doit-elle être traitée comme une fraude à une loi d'ordre public? Non. Le fait d'un débiteur qui ne paie pas sa dette n'est en soi qu'un délit d'ordre privé. Or, le redevable en matière fiscale est simplement le débiteur de l'Etat. Ce serait donc les règles de la fraude dirigée contre les tiers, contre les créanciers, qui seraient ici applicables ; mais quand il s'agit du fisc, on est régi par quelques dispositions spéciales que nous allons étudier dans ce chapitre.

Les anciens auteurs avaient eu à s'occuper des simulations du prix porté dans les ventes des biens fiefs ou censives. En ce qui concernait les censives, les seigneurs avaient le droit de *lods et ventes*, c'est-à-dire

que lorsque un tenancier aliénait un bien tenu en censive le propriétaire tréfoncier avait le droit de percevoir 1/12 sur le prix porté au contrat. Originairement, ce douzième représentait le prix du consentement du propriétaire ; plus tard celui-ci dut, bon gré mal gré, consentir à la vente pourvu qu'on lui payât cet impôt coutumier.

Il en était de même du vassal qui aliénait son fief; il devait alors payer au seigneur non plus le douzième du prix, mais le *quint et requint*. c'est-à-dire le cinquième du prix et le cinquième du cinquième, soit en tout 24 p. 0/0 du prix exprimé.

Ces droits étaient assez élevés pour qu'on essayât d'en éluder le paiement. Mais les seigneurs et les tréfonciers étaient armés contre les fraudes organisées à leur préjudice. Ils avaient, sous le nom de *retrait féodal* et de *retrait censier*, un droit de préemption en vertu duquel ils pouvaient retenir le bien aliéné en payant au vendeur le prix porté dans l'acte. On voit qu'en essayant de frauder, on s'exposait à une sorte de confiscation.

Rien de semblable n'existe évidemment dans notre Droit. L'Etat n'a plus sur les biens aliénés de droit de préemption; cependant, au cas où, pour lui préjudicier, on dissimule une partie du prix ou de la valeur, il punit la fraude par des amendes assez fortes.

Mais pour bien étudier cette matière, il faut distinguer deux hypothèses différentes.

I. Ou bien la simulation se réfère à la nature des contrats. Ainsi, les parties concluent une vente sous le

couvert d'une transaction pour payer des droits moins élevés.

II. Ou bien elle consiste dans une fausse déclaration de valeurs. Ainsi, les parties déclarent vendre pour 10,000 francs, tandis qu'elles vendent en réalité pour 15,000, sauf à se donner 5,000 francs de la main à la main.

I. — *Première hypothèse.*

Dans cette première hypothèse, plusieurs questions peuvent se poser. Les parties qui ont passé un acte authentique peuvent-elles échapper au paiement des droits en prétendant que cet acte n'est pas sérieux, en exhibant une contre-lettre à l'appui de leur déclaration? —La négative est certaine. A l'inverse du droit civil, qui examine à la fois l'acte apparent et la contre-lettre afin de faire jaillir la vérité de cette comparaison, le droit fiscal les considère isolément à l'effet de percevoir sur l'un et sur l'autre (1), et la régie perçoit en effet :

1° Un droit de mutation sur l'acte apparent ;

2° Un droit de mutation sur la contre-lettre.

Total : deux droits de *mutation*, quoiqu'il n'y ait eu aucune mutation.

C'est là ce que M. Demolombe appelle : « être pris dans ses propres filets. (2) » C'est piquant, sans

(1) Championniere et Rigaud, t. I, n° 578.

(2) Demolombe, *des Contrats*, t VI, p. 298.

doute, mais enfin il faut avouer que ce n'est guère juridique. Vous ne pouvez baser cette double perception ni sur l'article 1321, qui suppose expressément *la bonne foi* et l'ignorance de la contre-lettre, ni sur l'article 40 de la loi du 22 frimaire, qui écrit pour un autre hypothèse, ne doit pas être étendu par voie d'analogie. — Ensuite, au point de vue économique, sur quoi l'impôt doit-il être établi? Sur la circulation des richesses, dites-vous ; soit ; mais ici vous percevez deux fois sans qu'aucune richesse ait circulé. Nous croyons donc que dans l'hypothèse par nous prévue, la jurisprudence exagère les droits du trésor public.

Seconde question. — Les parties, dans un acte, déclarent passer tel contrat : en réalité, c'est tel autre qu'elles passent. Par exemple, elles font une vente sous le couvert d'une transaction ? La régie peut-elle démontrer que ce qui est écrit n'est pas conforme à ce qui a été fait ; peut-elle prouver la simulation?

Oui, et dans ce sens il a été jugé « que l'acte notarié contenant cession par une personne à une autre » d'une créance, peut, d'après les circonstances, être » considéré non comme une cession à titre onéreux, » mais comme une donation déguisée, et, par conséquent, être déclaré passible du droit de mutation à » titre gratuit (1). »

Seulement, la simulation doit résulter soit de l'ensemble de l'acte, soit d'un jugement, soit d'un acte

(1) Cass , 9 juillet 1861 ; S. 61. I. 788. Nous notons cet arrêt entre plusieurs autres que l'on pourrait citer sur la question.

postérieur souscrit par les parties et présenté à l'enregistrement (1).

Enfin, voici une troisième difficulté. C'est celle de savoir si l'acte soumis à l'enregistrement peut être querellé quant à sa date. L'acte notarié faisant foi de sa date jusqu'à inscription de faux, il n'en est pas question ici, mais occupons-nous d'un acte sous seing privé.

La régie peut-elle prouver qu'il a été postdaté? En général, elle n'y a pas intérêt, car les actes sous seing privé n'ont pas de délai fatal pour être enregistrés (art. 23, loi 22 frimaire an VII). On perçoit les droits quand on les présente, sans qu'on puisse obliger les parties à les présenter.

Mais il y a une exception en faveur ou plutôt contre les actes sous seing privé qui portent transmission de propriété ou d'usufruit, de biens immeubles ou de baux à ferme et à loyer, sous-baux, cessions ou subrogations de baux et engagements de biens de même nature. Ces actes doivent être enregistrés dans les trois mois de leur date, dit l'art. 22 de la loi de frimaire, et cette disposition nous montre en même temps que la régie ne peut critiquer la date, puisque c'est de *la date des actes* et non de *la date des conventions* que le délai fatal commence à courir.

(1) Cp. Dalloz, *Répert.* v° *Enregistrement*, n° 122. Adde Demante, *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, t. II, p. 729,

II. — *Deuxième hypothèse.*

Nous passons à la seconde hypothèse. Il s'agit d'une simulation dans la valeur de l'objet sur lequel on a contracté.

La simulation a lieu lorsque les parties dans un acte de vente, par exemple, déclarent vendre pour un prix de 10,000 francs alors que le prix réel est de 15,000. Depuis le 22 frimaire an VII jusqu'au 23 août 1871, cette fraude avait été punie par la perception d'un triple droit sur le supplément de prix stipulé dans la contre-lettre lorsqu'on venait à la découvrir. Cette sanction a paru insuffisante. — Aussi, le Gouvernement, dans l'exposé des motifs de la loi de 1871 (1), proposa-t-il de dénier au vendeur l'action en justice pour le paiement de ce qui aurait éte stipulé en sus du prix de vente, et d'autoriser la répétition de ce qui aurait été payé dans les mêmes conditions.

Mais le rapporteur de la commission fit observer que l'action en répétition renferme quelque chose d'immoral. Il y a dans la simulation une faute commune aux deux simulants, et puisque la fraude tourne au profit de l'acheteur (les droits d'enregistrement étant ordinairement à sa charge), on ne pouvait donner aucune bonne raison pour lui accorder l'action en répétition.

La commission repoussa donc le projet du gouvernement et proposa, pour punir la fraude, d'infliger

(1) Sirey, Lois annotées, 1871, p. 127.

une amende égale à la partie du prix dissimulé. Dans ce système, 1° la contre-lettre eut été nulle, sans toutefois que le supplément du prix payé put être répété ; 2° l'ancien possesseur aurait été puni d'une amende égale à la partie du prix dissimulé, sans jouir d'ailleurs d'aucun recours contre l'acheteur qui ne devait jamais qu'un droit simple.

La commission, il faut bien le dire, était tombée de Charybde en Scylla. Ainsi, supposons une vente de 100,000 francs dont 50,000 seulement ont été déclarés. Dans le projet du Gouvernement, le vendeur perdait 50,000 montant de la contre-lettre ; dans celui de la commission, il en perdait 100,000 : savoir 50,000 montant de la contre-lettre (à moins qu'elle eut été déjà payée) et 50,000 pour amende. C'était une véritable confiscation. L'acheteur, lui, était quitte en payant un droit simple sur le total de la vente : « L'Etat » disait M. Jozon (1), se trouve en présence de deux » coupables, le vendeur et l'acheteur. Eh bien ! de » ces coupables l'art. 12 n'en punit qu'un et le punit » d'une manière exorbitante ; l'acheteur, on ne le » punit pas, mais on le récompense. S'il a fraudé, il » a été le principal coupable, et s'il a fraudé sur un » contrat de 100,000 francs une dissimulation de » 25,000 francs, il a bénéficié de 25,000 francs. » L'Etat n'a-t-il pas l'air de lui dire : Ne vous préoc- » cupez pas d'être honnête, soyez fin, soyez habile. » Tâchez de faire consentir votre vendeur, par de fal-

(1) *Ibid*, p. 124, notes, colonne 3.

» lacieuses promesses, à ne porter sur l'acte que » 75,000 francs au lieu de 100,000. Puis, une fois » le tour joué, quand il sera tombé dans le piége, » changez de langage, refusez hardiment de payer les » 25,000 francs dissimulés, et pour peu que le vendeur » se plaigne, dénoncez-le-moi; à mon tour, je lui réclamerai 25,000 francs; nous y gagnerons tous les » deux. Vous me servirez de compère et nous partagerons le bénéfice de l'opération. »

Aussi M. de Ventavon proposa-t-il un amendement qui fut adopté et qui est devenu l'art. 12 de la loi :

« Toute dissimulation dans le prix d'une vente et » dans la soulte d'un échange ou d'un partage sera » punie d'une amende égale au quart de la somme » dissimulée et payée solidairement par les parties » sauf à les répartir entre elles par égale part. »

La procédure à suivre pour découvrir la simulation est écrite dans l'art. 13 qui mérite d'être remarqué :

« La dissimulation peut être établie par tous les » genres de preuves admises par le droit commun. » Toutefois l'administration ne peut déférer le serment » décisoire et elle ne peut user de la preuve testimoniale que pendant dix ans à partir de l'enregistrement de l'acte.

» L'exploit d'ajournement est donné soit devant le » juge du domicile de l'un des défendeurs, soit devant » celui de la situation des biens au choix de l'administration. La cause est portée, suivant l'importance » de la réclamation, devant la justice de paix ou devant » le tribunal civil. Elle est instruite et jugée comme

» en matière sommaire ; elle est sujette à appel s'il y » a lieu. Le ministère des avoués n'est pas obligatoire ; » mais les parties qui n'auraient pas constitué avoué » ou qui ne seraient pas domiciliées dans le lieu ou » siége la justice de paix ou le tribunal sont tenues » d'y faire élection de domicile, à défaut de quoi » toutes significations seront valablement faites au » greffe. »

« Le notaire qui reçoit un acte de vente, d'échange » ou de partage est tenu de donner lecture aux par- » ties des dispositions du présent article et de celle » de l'art. 12 ci-dessus. Mention expresse de cette » lecture sera faite dans l'acte à peine d'une amende » de dix francs. »

Ces dispositions sont exceptionnelles. D'ordinaire, en effet, en matière d'enregistrement :

1° La preuve testimoniale n'est pas admissible. Elle l'est dans l'espèce pendant dix ans ;

2° L'instance est toujours portée devant le tribunal civil. Ici elle peut être portée devant la justice de paix ;

3° La décision du tribunal n'est pas susceptible d'appel mais seulement de recours en cassation. Ici on peut interjeter appel, et se pourvoir en cassation, après l'appel, cela va sans dire.

Il suit de là que l'art. 13 ne doit pas être étendu au-delà des cas qu'il prévoit spécialement c'est-à-dire de la dissimulation dans le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou d'un partage.

Nous pensons que la procédure organisée dans cette

hypothèse comporte la présence des avocats à la barre, tandis qu'en matière ordinaire d'enregistrement la mention dans le jugement qu'un avocat a été ouï entraîne la nullité de l'instance (1).

Le juge d'après nous peut déférer le serment supplétoire. En effet l'art. 13 après avoir permis tous les genres de preuve de droit commun n'excepte que le serment décisoire. Seulement le législateur a compté sur la prudence ordinaire des magistrats pour ne déférer ce serment que dans des circonstances exceptionnellement frauduleuses, nos mœurs répugnant à ce que l'on mette un homme à même de se parjurer dans le but de sauvegarder un intérêt fiscal.

Quant aux présomptions de l'homme, elles ne sont admissibles que conformément au droit commun auquel le texte renvoi d'une manière générale. Or, l'art. 1353 déclare le sort des présomptions ordinaires lié à celui de la preuve testimoniale. Elles ne sont donc admissibles, pensons-nous, que pendant dix ans.

Pour résoudre les autres difficultés il faut se référer aux lois de frimaire et de ventôse et aux décisions intervenues en matière d'enregistrement, la loi de 1871 ne dérogeant aux précédentes qu'en ce qui concerne les points que nous avons signalés.

L'art. 8 de la loi du 28 février 1872 rend applicables aux ventes de fonds de commerce et de clientèle les art. 12 et 13 de la loi du 23 août 1871.

(1) Art. 17, loi du 27 ventôse an IX; Cass., 7 juillet 1873; (S. 1873, I. 423).

Autrefois dans une foule de cas les parties n'avaient aucun intérêt à dissimuler la valeur de l'objet sur lequel elles contractaient. Ces actes, en effet, ne payaient que des droits fixes. La loi du 28 février 1872 a établi pour un grand nombre de cas des *droits fixes gradués*.

C'est ainsi que les actes de formation et de prorogation de société, les contrats de mariage, les partages, les délivrances de legs sont depuis cette époque assujettis à des droits, savoir :

De 5 francs pour les sommes ou valeurs de 5,000 francs et au-dessous et pour les actes ne contenant aucune énonciation de sommes et valeurs, ni dispositions susceptibles d'évaluation.

De 10 francs pour les sommes ou valeurs supérieures à 5,000 francs mais n'excédant pas 10,000.

De 20 francs pour les sommes ou valeurs supérieures à 10,000 francs mais n'excédant pas 20,000. On doit ensuite payer 20 francs pour chaque somme ou valeur de 20,000 francs ou fractions de 20,000 francs.

Et d'après l'art. 3 « Si dans le délai de deux années » à partir de l'enregistrement de ces actes, la dissimu- » lation des sommes ou valeurs ayant servi de base à » la perception du droit est établie par des actes ou » écrits émanés des parties ou par des jugements, il » sera perçu indépendamment des droits simples sup- » plémentaires un droit en sus: lequel ne peut être » inférieur à 50 francs. »

La seule preuve admise ici consiste dans des actes ou écrits émanés des parties ou dans les jugements.

En ce qui concerne la simulation dans les baux écrits

on est resté sous l'empire des règles de la loi de frimaire. — Les lois nouvelles n'ont pas innové sur ce point.

Nous avons parcouru ainsi les principaux effets de la simulation dans les *actes* au point de vue fiscal. Il nous reste à dire un mot de la simulation dans les déclarations que l'on doit faire à la régie dans certaines circonstances. Ce genre de simulation reste en dehors de notre cadre, car simuler dans un *acte* qui sert de preuve et simuler dans une déclaration faite à la régie ce n'est pas évidemment la même chose. Et nous sommes d'autant plus portés à insister sur cette différence que, pour l'avoir méconnue, on est tombé dans des erreurs considérables.

C'est ainsi que l'on a été jusqu'à se demander si les déclarations pour locations verbales exigées par l'art. 11 de la loi du 23 août 1871 ne donnent pas date certaine aux baux qui y sont mentionnés.

Pour se convaincre de la négative il suffit de lire l'art. 1328 : « Les actes sous seing privé n'ont de date » contre les tiers que du jour de l'enregistrement... » Or cette phrase est-elle synonyme de celle-ci : « Les » conventions verbales ont date certaine du jour de leur » déclaration à l'enregistrement? » Evidemment non. Pour que l'enregistrement ait la force de donner date certaine il faut qu'il s'applique à un *acte sous seing privé*, c'est-à-dire à un acte qui par lui-même fait foi non seulement entre les parties mais vis-à-vis des tiers de tout son contenu, sauf de sa date (1321). Incertain sur ce dernier point, c'est à l'enregistrement qu'il vient demander la perfection qui lui manque comme preuve.

Mais en est-il ainsi de la déclaration faite à l'enregistrement par le bailleur? Fait-elle foi de son contenu? non, et par conséquent peut-elle faire foi de la date du contrat que l'on y déclare? Pas davantage. Qu'elle fasse foi de sa propre date, c'est-à-dire qu'il soit certain que tel jour Primus a déclaré, soit! Mais qu'elle fasse foi du contrat que l'on y déclare, cela n'est pas possible! On peut déclarer que l'on a loué hier à un tel tandis que peut-être le bail n'a pas commencé et ne commencera que dans un mois, qu'en sait-on?

Les deux parties ne sont pas en présence pour contrôler la sincérité de la déclaration, et dire, dès lors, qu'elle fait foi de sa date, c'est dire ni plus ni moins qu'elle équivaut à un acte sous seing privé et que l'on peut se créer un titre à soi-même. Sérieusement cela n'est pas soutenable. Ne donnons pas à l'art. 1328 une extension abusive. Ne l'appliquons qu'aux actes sous seing privé; nous resterons ainsi fidèles au texte et à l'esprit de la loi.

Donc, les déclarations faites à l'enregistrement n'équivalent pas à des actes entre parties. Nous allons cependant en dire un mot comme complément de cette étude.

APPENDICE.

Simulation dans les déclarations à faire à l'enregistrement en cas de mutation de propriété ou de jouissance.

Aux termes de la loi de frimaire a défaut d'acte, les mutations de propriété ou de jouissance doivent être déclarés à l'enregistrement :

1° Lorsqu'il s'agit d'une mutation par décès, en vertu des lois successorales, sans distinguer entre les meubles et les immeubles.

2° En cas de mutation entre-vifs lorsqu'il s'agit des immeubles ; et aussi en cas de bail de ces mêmes immeubles.

I. *Mutation par décès*

Une loi récente (21 juin 1875) s'est occupée de la mutation des biens par décès. Elle modifie dans son art. 2 l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an VII.

Le redevable n'est pas libre d'arbitrer la valeur des immeubles de la succession ; il doit faire la déclaration du produit des biens sans distraction des charges, et ce produit multiplié par vingt pour la pleine propriété, par dix pour l'usufruit donnait avant 1875 la valeur qui servait de base à la perception de la régie (1). Le législateur de l'an VII supposait, on le voit, que les immeubles rapportent environ 5 0/0. Cela pouvait être vrai à son époque. Mais aujourd'hui les capitaux devenus plus abondants se font entre eux une vive concurrence et le taux de l'argent a diminué. Ceux-là surtout qui placent leur fortune en immeubles doivent compenser la sécurité qu'ils y trouvent par une perte d'intérêt ; ce n'est plus au denier vingt, c'est au denier vingt-cinq qu'ils doivent calculer leurs revenus.

(1) Il va sans dire que si l'immeuble n'est pas loué on doit lui donner une valeur aussi exacte que possible dans la déclaration que l'on en fait. Quand la régie trouve la déclaration insuffisante, elle provoque l'expertise.

Aussi le législateur de 1875 a-t-il décidé que, dans tous les cas où conformément à l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an VII, le revenu doit être multiplié par vingt et par dix, il sera à l'avenir multiplié par vingt-cinq et par douze et demi (art. 2).

Cependant cette disposition n'est applicable qu'aux immeubles ruraux.

L'art. 3 s'occupe de la déclaration des valeurs mobilières, il est ainsi conçu : « La valeur de la propriété et de l'usufruit des biens meubles est déterminée pour la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès.

1° Par l'estimation contenue dans les inventaires ou autres actes passés dans les deux années du décès ;

2° Par le prix exprimé dans les actes de vente lorsque cette vente a lieu publiquement et dans les deux années qui suivent le décès. Cette disposition s'applique aux objets inventoriés et estimés conformément au paragraphe 1er et dont l'évaluation serait inférieure au prix de vente ;

3° Enfin à défaut d'inventaires, d'actes ou de vente par la déclaration faite conformément au § 8 de l'article 14 de la loi du 22 frimaire an VII, le tout sans distraction de charges. »

La simulation dans la déclaration à suite de décès peut résulter ou de l'omission qui expose le redevable au double droit ou de l'*insuffisance* de déclaration sur laquelle l'art. 3 statue en ces termes :

« *L'insuffisance de l'estimation des biens déclarés sera punie d'un droit en sus si elle résulte d'un acte antérieur*

à la déclaration. Si, au contraire, l'acte est postérieur à cette déclaration, il ne sera perçu qu'un droit simple sur la différence existant entre l'estimation des parties et l'évaluation contenue aux actes. »

Les dispositions qui précèdent ne sont applicables ni aux créances, ni aux rentes, actions, obligations, effets publics et tous autres biens meubles dont la valeur et le mode d'évaluation sont déterminés par des lois spéciales. »

II. *Mutation entre-vifs de la propriété ou de la jouissance des immeubles.*

Les actes portant mutation de propriété ou de jouissance de biens immeubles, les baux écrits de ces mêmes biens et nous ajouterons depuis la loi du 28 février 1872, les ventes de fonds de commerce et de clientèle doivent être enregistrés dans les dix jours s'ils sont faits pardevant notaire et dans les trois mois s'ils sont sous seing privé. Ce point a été déjà traité; mais afin que les parties ne prétextassent pas des conventions purement verbales, la loi, *au cas où aucun acte ne serait passé*, les soumet à la nécessité d'une *déclaration*.

Si elles ne font aucune déclaration, il y a mutation secrète (loi du 27 ventôse an IX, art. 4), ce qui expose les délinquants à diverses peines fiscales, selon le délit, et l'art. 12 de la loi précitée règle la question de preuve :

« La mutation d'un immeuble en propriété ou usu-
» fruit sera suffisamment établie pour la demande d'un
» droit d'enregistrement et la poursuite du paiement

» contre le nouveau possesseur soit pour l'inscription » de son nom au rôle de la contribution foncière et » des paiements par lui faits d'après ce rôle, soit par » des baux par lui passés, ou enfin par des transac- » tions ou autres actes constatant sa propriété ou » usufruit. »

Article 13 : « La jouissance, à titre de ferme ou de » location ou d'engagement d'un immeuble sera aussi » suffisamment établie par la demande et la poursuite » du paiement des droits ou engagements non enregis- » trés, par les actes qui les feront connaître ou par des » paiements des contributions imposées aux fermiers, » locataires et détenteurs temporaires. »

Ce sont là des présomptions légales qui n'excluent pas la preuve contraire et qui, lorsqu'elles manquent, peuvent être suppléées par les preuves de droit commun, sauf le serment et la preuve testimoniale. Du reste, il ne faut pas confondre l'omission de déclaration avec l'insuffisance, laquelle se constate ordinairement par expertise pour les immeubles et par les actes écrits ou les déclarations des parties, s'il s'agit de meubles.

La question de savoir si les juges doivent nécessairement s'en rapporter aux experts est controversée et on la résout généralement dans le sens de l'affirmative; nous croyons, au contraire, que les juges devraient rester absolument libres d'adopter ou de rejeter l'opinion des experts.

Des règles semblables sont édictées dans l'art. 8 de de la loi du 28 février 1872, en ce qui concerne la

mutation des fonds de commerce. Il est remarquable que, dans ce cas encore, l'insuffisance est constatée par une expertise quoiqu'il s'agisse de meubles. Mais l'expertise doit se faire dans les trois mois.

Locations verbales.

Enfin, les art. 11 et 14 de la loi du 23 août 1871 amendés par l'art. 6 de la loi du 28 février 1872, imposent au propriétaire l'obligation de déclarer les locations verbales consenties sur son immeuble. (1) Toute omission de déclaration entraîne pour le bailleur une amende équivalente à un droit en sus, mais qui ne peut être inférieure à 50 fr. Nous pensons qu'au cas de dissimulation du prix du bail, la portion du prix dissimulée devrait seule être frappée du droit en sus.

Telles sont, en matière de droit fiscal, les dispositions principales qui prévoient les déclarations et qui en réglementent les effets.

(1) « Ne sont pas assujetties à la déclaration les locations verbales ne dépassant pas trois ans et dont le prix annuel n'excède pas cent francs. Toutefois, si le même bailleur a consenti plusieurs locations verbales de cette catégorie, mais dont le prix cumulé excède cent francs annuellement, il sera tenu de faire la déclaration. » Art. 11 § 6. Loi du 23 août 1871.

POSITIONS.

Droit romain.

I. La femme intercédant pour autrui ne contracte pas même une obligation naturelle.

II. La *condictio ex pœnitentiâ* est donnée dans les contrats innommés toutes les fois que celui qui a fourni la prestations peut la recouvrer.

III. Le bénéfice de division ne fut jamais accordé aux co-débiteurs solidaires.

IV. Le pacte résolutoire joint à une aliénation n'a pas pour effet, en cas d'événement de la condition, de rendre l'ancien vendeur propriétaire de plein droit ; il ne lui donne qu'une action personnelle.

Ancien Droit français.

I. Les éditions glosées de la loi salique sont les plus anciennes.

II. Il est inexact que sous le système de la personnalité des lois chacun put choisir la loi sous laquelle il voulait vivre.

III. Dans l'ancien droit coutumier et jusqu'au XVI^e^ siècle, toutes les actions relatives aux meubles étaient personnelles.

Code Civil.

I. Les formalités spéciales requises par l'article 2074 pour l'établissement du privilége attaché au gage sont suffisamment remplacées par un acte apparent de vente pourvu que cet acte ait date certaine antérieure à la saisie.

II. C'est à tort que la jurisprudence accorde dans tous les cas à l'acquéreur d'un office ministériel le droit de répéter ce qu'il a payé en sus du prix porté dans le contrat.

III. Le conjoint qui change de nationalité pour pouvoir divorcer ne peut opposer son divorce ni à son conjoint resté français, ni aux autorités françaises qui le poursuivent pour bigamie.

IV. Le droit d'être tuteur et celui d'adopter sont des droits *civils* dont les étrangers non autorisés à résider en France doivent être privés

V. Le délaissement de l'immeuble hypothéqué par le tiers détenteur est une abdication non de la propriété, mais de la simple détention.

Procédure civile.

I. On ne peut d'avance renoncer à demander un délai de grâce.

II. Le débiteur saisi peut faire des offres réelles au domicile élu par le créancier dans le commandement.

III. Le défendeur en Cassation devant la chambre civile peut former un *pourvoi incident* sur lequel il peut être immédiatement statué.

Droit commercial.

I. Malgré les termes ambigus de l'article 94, le commissionnaire ne peut pas agir indifféremment en son nom et au

nom du commettant. Si, autorisé par le commettant, il a agi au nom de ce dernier, il ne joue pas pour cela le rôle d'un simple mandataire.

II Quand des marchandises sont envoyées au tiré pour le couvrir, celui-ci ne peut pas, en refusant de les agréer, diminuer les droits du porteur à la provision.

III. Dans l'hypothèse de l'article 576, le vendeur payé en effets de commerce ne peut pas intenter l'action en revendication C'est à tort que l'on a voulu distinguer dans ce cas entre les effets souscrits par le failli et ceux souscrits par des tiers.

Droit criminel.

I. Dans les poursuites pour bigamie, c'est le jury qui statue implicitement sur la régularité extrinsèque du second mariage en prononçant la culpabilité. Au contraire, en cas de contestation, la validité de la première union doit être appréciée préjudiciellement par les tribunaux civils.

II. La défense ne cesse pas d'être légitime par cela seul que par la fuite on pourrait se soustraire aux attaques de l'agresseur.

III. C'est une grave erreur de prétendre que le jury a seulement à résoudre des question de fait.

IV. Le jury ne doit pas se préoccuper de l'application de la peine pour la solution des questions qui lui sont soumises, mais il le doit pour l'appréciation des circonstances atténuantes.

Droit public et administratif.

I. Le pouvoir judiciaire a une existence propre et n'est pas une branche du pouvoir exécutif.

II. On peut se pourvoir *de plano* au conseil d'Etat contre un acte administratif d'un maire ou d'un préfet sans avoir besoin de suivre d'abord la filière hiérarchique.

III. Le ministre qui liquide une pension ne rend pas un jugement. Sa décision est un acte administratif.

IV. Les chemins ruraux sont prescriptibles.

Economie politique.

I. Les machines procurent un double avantage :

1° Elles permettent d'augmenter la production ;

2° Le salaire de chaque ouvrier finit par hausser dans l'industrie qui emploie le plus de machines.

II. Le crédit n'est pas par lui-même une valeur ; il ne crée pas la richesse mais il la fait circuler et la rend plus productive.

III. Les impôts sur le revenu sont plus justes et plus pratiques que les impôts sur le capital.

Droit international.

I. La course est une institution condamnable en tant qu'elle porte atteinte à la propriété privée.

II. Les chefs des Etats étrangers jouissent en France du privilége de l'exterritorialité ; ils jouissent aussi de l'inviolabilité et de la juridiction contentieuse sur les gens de leur suite.

III. Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ont en France l'autorité de la chose jugée sans posséder la force exécutoire.

Cette thèse sera soutenue, en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse, le jeudi 22 mars 1877.

Vu par le président de la thèse,
GUSTAVE BRESSOLLES.

Vu par le doyen de la Faculté,
Toulouse, le 18 février 1877.
DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer,
20 février 1877.

Le Recteur,
CH. DREYSS.

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des » principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre » public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, arti- » cle 11), mais non pas des opinions purement juridiques, » dont la responsabilité est laissée au candidat.

» Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui » seront adressées sur les autres matières de l'enseignement. »

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER. — De la simulation non frauduleuse. . . 12
CHAPITRE II. — De la simulation frauduleuse. Fraude contre la loi. 26
CHAPITRE III. — De la simulation frauduleuse (suite). Fraude envers les tiers. 45
§ 1. Effets au point de vue civil. 45
§ 2. Effets au point de vue pénal. 49

DROIT FRANÇAIS.

Aperçu historique. 55
CHAPITRE PREMIER. — De la simulation non frauduleuse. . . . 63
CHAPITRE II. — De la simulation frauduleuse. 74
Section I. — Des actes juridiques qui peuvent être argués de simulation 74
Section II. — Des personnes qui peuvent critiquer un acte simulé 84
Section III. — De la preuve en matière de simulation. 101
Art. Ier. Des présomptions légales. 101
§ 1. Examen de l'art. 918. 102
§ 2. Examen de l'art. 1328. 111
§ 3. Examen des art. 911 et 1100. 120
Art. II. Preuves de droit commun. 127

Section IV. — Des effets de la simulation frauduleuse..... 136
Art. Ier. Effets entre parties..... 137
Art. II. Effets vis-à-vis des tiers..... 138
CHAPITRE III. — Application des principes précédents aux donations déguisées..... 147
CHAPITRE IV. — De la simulation au point de vue du droit criminel..... 162
CHAPITRE V. — Droit fiscal..... 172

DEUX HYPOTHÈSES :

1° Simulation dans la nature de la convention 174
2° Simulation dans la valeur de l'objet sur lequel on a contracté..... 177

APPENDICE. — Simulation dans les déclarations à faire à l'enregistrement en cas de mutation de propriété ou de jouissance..... 184

POSITIONS..... 190

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

Typ. Bonnal et Gibrac — Toulouse.