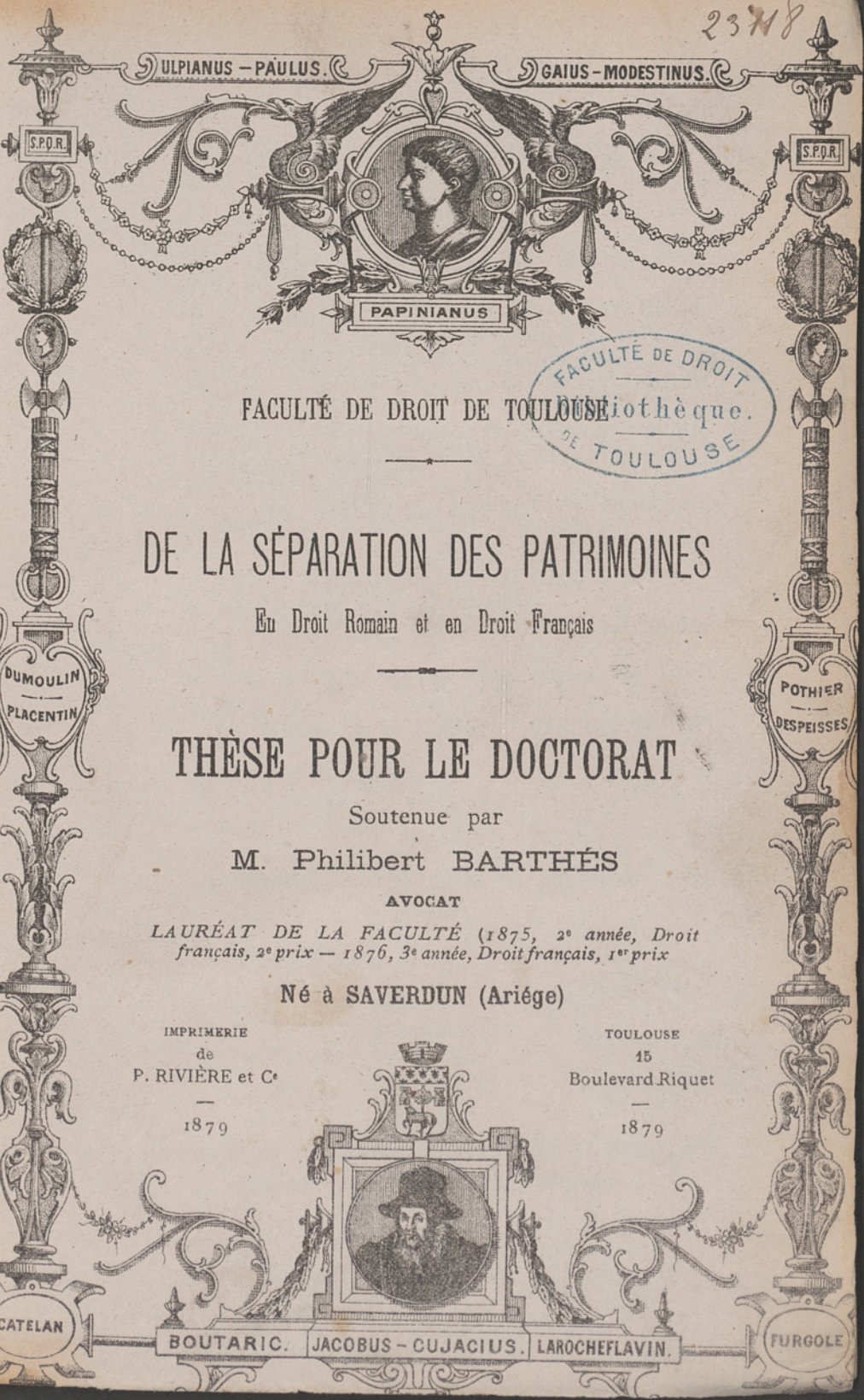
2378



FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque.
DE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

En Droit Romain et en Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue par

M. Philibert BARTHÉS

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ (1875, 2e année, Droit français, 2e prix — 1876, 3e année, Droit français, 1er prix

Né à SAVERDUN (Ariége)

IMPRIMERIE
de
P. RIVIÈRE et Ce
—
1879

TOULOUSE
15
Boulevard Riquet
—
1879

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. DUFOUR, ✲, Doyen honoraire, Professeur de Droit Commercial.
BONFILS, Doyen, Professeur de Procédure Civile.
MOLINIER, ✲, Professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES, ✲, Professeur de Code Civil.
MASSOL, ✲, Professeur de Droit Romain (Pandectes).
GINOUILHAC, Professeur de Droit Français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, Professeur de Code Civil.
POUBELLE, Professeur de Code Civil, en congé.
ROZY, Professeur de Droit Administratif.
ARNAULT, Professeur d'Économie Politique.
DELOUME, Professeur de Droit Romain.
HUMBERT, Professeur honoraire.
LAURENS, Agrégé, chargé du cours de Droit des Gens.
PAGET, Agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.
CAMPISTRON, Agrégé, chargé d'un cours de Code Civil.
BRESSOLLES, Agrégé.
VIDAL, Agrégé.
WALLON, Agrégé.

—

M. MOUSSU, Secrétaire Agent Comptable.

Président de la Thèse : M. MASSOL.

Suffragants { MM. MOLINIER. GINOUILHAC. DELOUME. BRESSOLLES. VIDAL.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque.
DE TOULOUSE

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

A MES PARENTS

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

La mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme (Lebrun, *tr. des succ., liv. 4, ch. 2, sect. 1, n° 12*).

INTRODUCTION

Une des principales difficultés qu'un législateur doit résoudre en matière de successions, consiste à déterminer l'influence qu'exercera la mort d'un débiteur sur les droits de ses créanciers. L'idée à laquelle on s'est généralement rattaché en principe, c'est celle de la continuation de la personne du défunt par l'héritier ; ce qui, d'une part, lui attribue la libre disposition des biens dépendants de l'hérédité, mais d'autre part, comme juste compensation, le soumet de plein droit à l'acquittement de toutes les dettes et charges successorales. Ce

principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier produit encore une conséquence fondamentale dans notre matière, c'est la confusion et la réunion de leurs deux patrimoines en une seule masse. Il n'y a plus à distinguer les biens personnels de l'héritier d'avec les biens de la succession, pas plus qu'il n'y a lieu de distinguer les créanciers personnels de l'héritier d'avec les créanciers héréditaires. Il n'y a plus désormais qu'un seul patrimoine, le patrimoine de l'héritier ; qu'une seule masse de créanciers, les créanciers de l'héritier.

De là vient d'abord que les droits existant au profit de l'héritier contre le défunt, et réciproquement, sont éteints par confusion. En outre, les créanciers du défunt, étant devenus les créanciers de l'héritier, ont désormais action contre lui et sur ses biens ; le gage qu'ils avaient sur ceux du *de cujus* se confond avec le gage qu'ils acquièrent sur les biens de l'héritier et ils peuvent exercer leurs droits sur les deux patrimoines actuellement réunis. Mais de leur côté les créanciers primitifs de l'héritier pourront en faire autant sur les biens héréditaires qui lui sont échus, comme sur ses biens propres.

Telle est la règle générale adoptée par le Droit romain comme par le Droit français, se conformant en cela à l'ordre normal des choses. La plupart du temps, la succession sera solvable ainsi que celui qui la recueille ; la confusion entre les deux patri-

moines et les conséquences qui en découlent n'auront donc rien de désavantageux ni pour l'héritier ni pour les créanciers du défunt.

Mais l'hypothèse contraire peut se présenter, et de même que la confusion entre la fortune du défunt et celle de son héritier peut nuire à celui-ci, lorsque le défunt laisse plus de dettes que de biens, de même elle peut nuire aux créanciers de la succession lorsque c'est l'héritier qui a plus de dettes que de biens. Dans le premier cas, l'héritier sera en perte, car par une acceptation pure et simple il s'expose à être tenu indéfiniment des dettes héréditaires sur son propre patrimoine. Voilà certes un heureux événement pour les créanciers du défunt, mais par contre cela peut ne pas faire du tout l'affaire des créanciers de l'héritier. Ceux-ci courent le risque de perdre une partie de leurs créances par suite du concours des créanciers héréditaires sur les biens de l'héritier, si la fortune de ce dernier est insuffisante pour payer intégralement ses dettes et celles du *de cujus*. Dans le second cas au contraire la confusion des patrimoines profite à l'héritier et à ses ayant-cause, au préjudice des créanciers du défunt, car telle succession eût été suffisante, et peut-être même au delà, pour acquitter les dettes du défunt qui, réunie aux biens de l'héritier, ne suffira plus pour acquitter les dettes réunies de la succession et de l'héritier. Soit en effet une succession, ayant un actif de deux cents et un passif égal aussi à deux cents, échue à un

héritier dont le patrimoine comprend cent d'actif et deux cents de passif. Dans cette hypothèse le défunt, s'il eût vécu, aurait complètement désintéressé ses créanciers et l'héritier n'aurait donné que 50 p. 100 aux siens. Aujourd'hui venant tous ensemble sur le prix des deux masses de biens réunis, ils toucheront tous 75 p. 100. Les créanciers du défunt se trouveront donc lésés, puisqu'au lieu de recevoir un paiement intégral, comme si leur débiteur vivait encore, ils ne recevront qu'un simple dividende en présence du concours des créanciers proprement dits de l'héritier. Bien plus, les créanciers chirographaires du défunt pourront même être primés sur les biens héréditaires, par les hypothèques que des créanciers personnels de l'héritier se seront empressés d'obtenir.

Tels sont les graves dangers que peut entraîner la confusion des patrimoines pour l'héritier et ses créanciers d'une part, pour les créanciers de la succession d'autre part. On comprend aisément que cette situation n'est pas propre à une législation ; elle a dû se retrouver à peu près semblable dans toutes les périodes de l'histoire juridique. Dès lors il est facile de prévoir que le Droit ancien et le Droit moderne ont dû chercher à y porter remède. Et en effet, dans la législation romaine comme dans la législation française on trouve établies deux garanties, à savoir : dans l'intérêt de l'héritier, le bénéfice d'inventaire, qui lui permet, moyennant l'accomplissement de certaines formalités, de ne

pas confondre ses biens personnels avec ceux du défunt et de n'être tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de l'émolument qui la compose ; dans l'intérêt des créanciers du défunt, le bénéfice de la séparation des patrimoines, qui a aussi pour effet de faire cesser la confusion produite par l'ouverture de la succession et de conserver aux créanciers héréditaires leur gage primitif, en leur permettant de se faire payer sur les biens propres de la succession de préférence aux créanciers personnels de l'héritier. C'est aux développements de la dernière de ces deux institutions qu'est consacrée cette étude.

Quel est le fondement de la séparation des patrimoines ? Suivant la plupart des auteurs, ce bénéfice serait fondé sur ce principe, que les créanciers personnels de l'héritier, n'étant que ses ayant-cause, ne peuvent avoir sur les biens de la succession plus de droits que leur auteur lui-même ; or l'héritier ne les recueille que dans l'obligation d'en acquitter toutes les charges, *bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt* (f. 39 § 1, de verb. signif. — art. 724 C. c.). Donc, les créanciers de l'héritier ne peuvent, pas plus que l'héritier leur débiteur, prétendre exercer des droits sur les biens de la succession, tant que les créanciers de la succession elle-même n'auront pas été préalablement désintéressés (Pothier, traité des succ., ch. V, art. 4 — Demolombe, des succ., t. 5, n° 99). Tel n'est pas, croyons-nous, le véritable

motif du droit accordé aux créanciers de la succession. Sans doute l'héritier ne recueille l'actif héréditaire qu'avec le passif, d'où il suit que les biens ne lui passent qu'à la charge de payer les dettes. Mais cette règle, qui n'a rien de spécial à la séparation des patrimoines, n'empêche pas qu'en principe les créanciers de l'héritier ne puissent concourir avec les créanciers héréditaires sur les biens composant l'actif successoral. Toute la portée de la maxime : *Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt*, se réduit à faire peser sur l'héritier une obligation purement chirographaire qui laisse intacts tous ses droits, et il est impossible d'en conclure que les biens ne lui sont dévolus que « sous la condition » (Demol., loc. cit.) de payer les dettes qui les grèvent. L'héritier, par l'effet de l'adition d'hérédité en Droit romain, par l'effet de la saisine en Droit français, a acquis la pleine propriété des biens du défunt, et cela sans aucune condition; il a le droit de les aliéner, qu'il ait ou non acquitté les dettes héréditaires, et les actes de disposition par lui consentis seront respectés, alors même qu'il ne pourrait ensuite payer les dettes de la succession L'héritier a donc tous les droits, par conséquent ce n'est pas restreindre ceux de ces créanciers que de dire qu'ils n'ont que ceux de leur débiteur lui-même. Le fondement qu'on prétend assigner à la séparation des patrimoines n'est pas plus celui du Droit romain que celui du Droit français, car dans aucune de ces

deux législations on ne saurait baser sur un motif juridique un bénéfice spécialement introduit pour remédier aux conséquences désastreuses que peut parfois entraîner l'application des règles du Droit. Pour nous la séparation des patrimoines est fondée sur ce principe de toute justice que l'état du patrimoine d'un individu doit être fixé à sa mort, pour l'actif et le passif. Les créanciers de la succession ont traité avec le défunt, tous ses biens sont donc leur gage et leur sont obligés. N'est-il pas juste que cette obligation persiste entre les mains de l'héritier? Ne faut-il pas leur permettre de soustraire, en tout ou en partie, dans leur intérêt, tant qu'ils ne sont pas désintéressés, les biens de l'hérédité à l'action des créanciers particuliers de l'héritier qui n'ont pu, d'aucune manière les considérer comme leur étant spécialement affectés? Quoi de plus équitable que de venir au secours de ces créanciers qui, perdant tout à coup le débiteur dont ils avaient suivi la foi, parce qu'ils le connaissaient, le trouvent remplacé par un nouveau venu dont ils n'auraient pas suivi la foi, parcequ'ils ne le connaissaient pas ou quelquefois parce qu'ils le connaissaient trop? On ne peut pas leur imputer de n'avoir pas, au moment où ils ont contracté, cherché à connaître les chances qu'ils pouvaient courir et la véritable position de celui auquel ils allaient prêter, de s'être trop légèrement déterminés à traiter avec lui, sans exiger aucune sûreté ou en se contentant de sûretés insuffisantes. On ne peut pas faire

un semblable reproche aux créanciers du défunt qui n'ont connu que lui seul, n'ont pas contracté avec son héritier et par suite n'ont pu prévoir son insolvabilité. D'ailleurs il ne faut pas provoquer, outre mesure, la défiance dans les relations de la vie civile, et un législateur ne doit pas désirer sous peine d'aller contre les notions les plus simples du crédit public, que des créanciers soient déterminés, par la seule crainte de la transmission des biens à un insolvable, à prendre des sûretés toujours onéreuses pour le crédit d'un particulier. De là, la faculté accordée aux créanciers d'un homme mort en état de solvabilité de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de l'héritier insolvable de cet homme, dans le but unique de conserver pour eux seuls le droit de gage dont ils jouissaient sur les biens du défunt, au moment de leur confusion avec ceux de l'héritier.

Ce bénéfice nous apparaît donc comme un moyen légal de sauvegarder les intérêts légitimes des créanciers d'une personne, qui par sa mort ne doit pas empirer leur situation ; c'est en même temps une saine application des principes de justice destinés à corriger les rigueurs logiques du Droit.

Outre l'intérêt pratique considérable qu'il présente, ce sujet est particulièrement intéressant à raison des difficultés qu'il offre, à raison aussi des grandes controverses dont il est hérissé et qui

remontent pour la plupart au temps des Romains. Nous allons voir en effet que l'origine de la sépation des patrimoines est toute romaine ; adopté par notre ancienne jurisprudence, ce bénéfice se trouve reproduit dans le Code civil, au titre des successions (art. 878-881), et au titre des Priviléges et Hypothèques (art. 2111).

La division de ce sujet nous est donc toute tracée : nous étudierons la séparation des patrimoines :

1° D'après le Droit romain ;

2° Daprès l'ancien Droit français ;

3° D'après le Droit actuel.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

DE L'ORIGINE DE LA SEPARATIO BONORUM ET DES CAS OU ELLE EST ACCORDÉE

(Dig. de separationibus, lib. 42, tit. 6. — Cod., de bonis auctoritate judicis possidendis, seu venundandis, et de separationibus bonorum lib. 7, tit. 72)

I

La *separatio bonorum* est d'institution prétorienne, Const. 2, C., n. t. D'après les principes rigoureux du Droit civil, l'héritier qui avait fait adition, se trouvait substitué à la personne du défunt; de plein droit, il devenait propriétaire, créancier et débiteur à la place du *de cujus*, une confusion complète et

irrévocable s'opérait entre les deux patrimoines. Cette confusion produisait des effets fâcheux, notamment à l'encontre des créanciers d'une succession solvable échue à un héritier insolvable. Le Droit civil ne leur offrait aucun moyen de se garantir dans ce cas contre la concurrence des créanciers personnels de l'héritier sur les biens héréditaires. Mais le préteur, qui avait toujours l'équité sous les yeux, ne fut pas longtemps sans entendre les justes réclamations qu'elle formait sur ce point, et il ne tarda pas à y faire droit par l'introduction du bénéfice de la *separatio bonorum* en faveur des créanciers de la succession; il leur permit de lui demander que les deux patrimoines confondus du défunt et de l'héritier fussent séparés, de telle sorte que les créanciers personnels de l'héritier ne pussent pas venir concourir avec eux sur le prix provenant de la vente des biens héréditaires : *hic est igitur æquissimum*, dit Ulpien (f. 1 § 1, D., n. t.)

On ne peut affirmer rien de positif sur l'époque de l'apparition de cette institution. Probablement la *separatio bonorum*, intimement liée, comme nous le verrons ci-après, aux mesures d'exécution forcée et incident de la vente des biens du débiteur sur la poursuite de ses créanciers, a été introduite vers la fin de la République romaine. Cette conjecture nous paraît d'autant plus admissible, que le principe de la séparation sape par la base les règles du Droit civil et constitue une véritable dérogation

aux principes de la confusion héréditaire, suite de l'acceptation pure et simple de la succession. Le préteur l'a établi comme un moyen de corriger le *merum jus*, et non comme un moyen de le seconder ou de le compléter. Ce bénéfice se rattache donc à ce qui est considéré comme la période la plus avancée du Droit prétorien.

II

Telle est l'origine de la *separatio bonorum*, en tant qu'elle a pour objet de protéger les intérêts des créanciers d'une personne décédée et d'empêcher les créanciers d'un héritier insolvable de concourir avec eux sur les biens qu'elle laisse dans sa succession.

Mais dans le système des lois romaines, remarquons-le bien, le bénéfice de la *separatio bonorum* n'est pas limité au cas unique de créanciers héréditaires demandant à être payés sur les biens du défunt, par préférence aux autres créanciers : ce n'est là qu'une des applications d'une règle qui comprend plusieurs autres cas. La séparation des patrimoines du défunt d'avec celui de l'héritier, telle que l'entend le Code civil, ne formait pas à Rome, comme chez nous, l'objet d'une théorie spéciale aux créanciers d'une succession. Le Droit romain n'a pas, à cet égard, de théorie particulière

et rattache cette matière au système général de toutes les hypothèses dans lesquelles il a paru juste au préteur d'empêcher les effets produits par la confusion juridique des patrimoines de deux personnes, et de rétablir la séparation de leurs biens. En un mot, il n'y a pas au Droit romain de théorie spéciale de séparation des patrimoines, mais il y a une théorie générale des séparations de biens, et il faut entendre par là non-seulement le secours accordé par le préteur aux créanciers d'une succession contre ceux d'un héritier insolvable qui a fait adition d'hérédité, mais encore d'autres institutions d'une nature toute différente, en vertu desquelles diverses personnes obtiennent qu'il n'y ait pas confusion entre certains biens qui, appartenant au même individu, auraient dû être confondus, suivant les principes du Droit civil. Si des doutes existaient à cet égard, il suffirait, pour les dissiper, de se reporter à la rubrique de *separationibus* du liv. 42, t. 6, au *Digeste*, et du liv. 7, t. 72, au Code, qui traitent de cette matière ; en outre, le premier de ces deux ouvrages énumère plusieurs cas de séparation. Sans doute les compilateurs du *Digeste* se sont occupés principalement de la séparation accordée aux créanciers d'un défunt et aux légataires contre les créanciers d'un héritier insolvable, parce que probablement elle devait se rencontrer plus souvent dans la pratique, en même temps qu'elle donnait lieu à des difficultés plus sérieuses. Mais en réalité ce n'était qu'une espèce, qu'une

application d'une théorie bien plus générale sur divers cas de séparation.

Ces cas sont essentiellement distincts les uns des autres, soit quant aux personnes auxquelles ils s'appliquent, soit quant aux circonstances dans lesquelles ils interviennent, soit quant aux règles qui les gouvernent. Mais il y a entre eux ce point de contact, c'est que le but du préteur, en les établissant, a toujours été le même, à savoir : corriger la rigueur du Droit civil, protéger contre les effets de la confusion juridique de certains biens appartenant au même individu, mettre certaines personnes qui lui semblaient dignes de faveur à l'abri du préjudice qui pouvait leur advenir, dans quelques cas, par suite de l'insolvabilité de certaines autres. Et ce but il l'atteignait à l'aide d'un décret rendu *extra ordinem*, *cognita causa*.

Une remarque importante à faire encore, c'est que les hypothèses si variées de *separatio bonorum* sont presque toutes rassemblées sous une seule et même rubrique au *Digeste*, de manière à former un seul titre. Pour que ses rédacteurs aient agi ainsi, il a dû exister un lien commun entre ces espèces différentes. Nous aurons à rechercher en quoi consistait ce lien, en d'autres termes nous aurons à voir quel était le caractère de la théorie générale de la *separatio bonorum*.

A. — Quels sont les cas spéciaux où la *separatio bonorum* est accordée à d'autres personnes qu'aux créanciers d'un défunt et aux légataires?

L'étude de ces divers cas nous montrera jusqu'à quel point cette institution fut détournée de son but ordinaire et nous permettra de constater une tendance chez lesjurisconsultes romains, surtout chez Ulpien, à en augmenter toujours les effets et à en faire pour ainsi dire un remède universel contre le Droit civil. Nous verrons en effet que la *separatio bonorum* n'est pas restreinte, comme dans le Droit français, à la seule matière des successions, et que, si le titre de créancier y donne droit ordinairement, il n'en est pas cependant toujours ainsi, car parfois ce bénéfice est même accordé à l'héritier contre les créanciers du défunt. Parlons d'abord de la *separatio* accordée à des créanciers ; nous passerons ensuite à la *separatio* accordée à l'héritier.

1° *Séparation au sujet des pécules.* — Deux hypothèses complètement distinctes sont prévues par textes, l'une relative au pécule castrense par le f. 1 § 9 (n. t.), et l'autre relative au pécule profectice par le f. 3 § 4 *in fine*, *de minoribus*, XXV *annis*.

Pour comprendre l'hypothèse visée par le f. 1 § 9, il faut se rappeler que, si le fils de famille peut s'obliger civilement, non-seulement par ses délits, mais encore par ses contrats avec des tiers (f. 39, *de oblig. et act.*. — f. 141 § 2, *de verb. oblig.*), en principe au contraire il ne peut rien avoir en propre. Tout ce qu'il acquiert, même les fruits de son travail, appartient au *paterfamilias* ; c'est encore celui-ci qui a le droit de réclamer le bénéfice

des obligations contractées avec le fils (*Gaii Co.* 2, §§ 86, 87 — *Just. Inst. lib.* 2, *tit.* 9, *per quas pers. nob. adq.*, § 1). L'établissement des divers pécules vint apporter des restrictions à ce principe et modifier le pouvoir du *paterfamilias* sur les biens.

Le pécule était une portion de biens dont le père de famille abandonnait l'administration à son esclave ou à son fils. Celui-ci pouvait sans autorisation grever le pécule de dettes, et si le père, seul et unique propriétaire des biens qui le composaient, le retirait, il était personnellement tenu, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. L'usage de ce pécule amena la création, probablement sous Auguste (V. Accarias, t. 1, n° 297 — Demangeat, t. 1, p. 628 — *Inst. lib. 2*, t. 12, *quib. non est per. fac. test.*, *pr.*), du pécule castrense qui, dans le but d'assurer au fils de famille militaire le fruit de ses réengagements, de ses récompenses, de ses guerres, lui constitua pour tous les biens dont la cause d'acquisition se rattachait au service militaire (f. 11, *de castr. pecul.*), une personnalité civile indépendante de la personnalité du père *Filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur*, dit le f. 2 de *S. Consulto Maced.* : le fils de famille a donc, pendant sa vie, la disposition exclusive de ce pécule, il a toute liberté de l'aliéner et de l'obliger, il est maître d'en assurer la transmission à son gré par acte entre vifs ou testamentaire.

Cela posé, voici l'hypothèse dans laquelle, sui-

vant le f. 1 § 9 (n. t.), la *separatio bonorum* peut être demandée : Un fils de famille a contracté des dettes *antequam militaret*, avant son entrée au service, par suite à un moment où il ne pouvait pas avoir de biens, tout en n'étant pas pour cela incapable de s'obliger civilement. Devenu soldat, il acquiert un pécule castrens, fait de nouvelles dettes et se trouve sous le coup de poursuites en expropriation forcée, *bona veneant*. Ce fils de famille a donc alors deux espèces de créanciers : ceux qui ont contracté avec lui avant son départ pour l'armée, ceux qui ont contracté avec lui depuis qu'il est sous les drapeaux. L'application du Droit commun amènerait le concours au marc le franc entre tous ces créanciers. Cependant Ulpien, dans le texte précité, décide que les créanciers postérieurs à la constitution du pécule castrense, pourront demander la séparation contre les créanciers antérieurs, afin d'être payés à l'exclusion de ces derniers sur ce qui proviendra du pécule.

On peut remarquer immédiatement qu'il n'y a pas dans cette hypothèse confusion des biens de deux patrimoines, puisqu'il n'en existe qu'un seul, le pécule castrense, et qu'à l'époque d'Ulpien le fils de famille ne peut pas en avoir d'autre ; partant, il n'y a pas de séparation possible quant aux biens. Il s'agit donc moins ici d'une *separatio bonorum* que d'une détermination du rang des créanciers, ou plutôt d'une séparation entre deux classes de créanciers. Cependant nous croyons devoir maintenir

cette hypothèse au nombre des cas rentrant dans la *separatio bonorum*, car en définitive on aboutit toujours au même résultat, à un droit de préférence portant sur les *bona castreusia*.

Cette décision d'Ulpien a été vivement critiquée par le président Fabre, qui lui reproche de violer le principe que tous les biens présents et à venir d'un débiteur répondent de ses dettes, et qui va jusqu'à l'attribuer à une interpolation de Tribonien (*Ant. Faber, jurispr. Papinianæ scientia, princip.* V, *illatio* 3, p. 242 et S.).

Doneau, au contraire approuve l'extension de notre bénéfice à cette matière : « *Est enim æquum* dit-il, *creditores eos, qui personam militis ideo secuti sunt, quia bona propria sibi haberet, unde solveret, non decipi, his bonis sibi creptis et in alios, qui non tanquam cum milite contraxerunt, translatis.* » (*Donelli comment. de jure civili*, to. 14, *lib.* 23, *cap.* XVI, *de separat bonorum, ed. sexta*).

Mais dire que les créanciers primitifs ne pouvaient pas compter sur le pécule castrense, parce que *non tanquam cum milite contraxerunt*, c'est, croyons-nous, une appréciation tout à fait arbitraire, puisqu'à Rome tous les citoyens étaient appelés à être soldats. Le pécule castrense ne constituait donc pas une anomalie et les créanciers étaient en droit de concevoir à son égard des espérances d'autant plus légitimes, que dans l'espèce ils n'avaient pu compter que sur les biens à venir, attendu qu'il était impossible au fils de famille d'être propriétaire

au moment du contrat. Crée-t-on des causes de préférence entre les créanciers d'une même personne, en se basant sur ce que, lors du contrat, ils ont eu en vue telle ou telle qualité de leur débiteur?

Evidemment cette décision, contraire aux principes généraux du Droit, ne repose sur aucun motif juridique et elle ne s'explique que par le désir de protéger le pécule castrense et d'augmenter, en dehors des règles ordinaires, le crédit des citoyens romains qui servaient dans l'armée. Si ceux-ci, déjà obérés avant leur entrée au service, avaient dû employer toutes les acquisitions qu'ils pouvaient faire en qualité de militaires, à acquitter leurs dettes antérieures, ils n'auraient pu que difficilement inspirer confiance à de nouveaux créanciers : ceux-ci, redoutant l'existence de créanciers antérieurs, auraient été peu disposés à traiter avec le militaire sur son pécule castrense. Le but de cette institution, créée précisément en vue de ménager quelque crédit, d'attribuer des priviléges aux militaires, aurait été manqué. On arrivait encore ainsi, d'une manière détournée, à ruiner le crédit des fils de famille non militaires, en établissant à l'encontre de leurs créanciers antérieurs des causes de préférence sur le pécule castrense qui pouvait plus tard leur advenir.

Ce qui confirme cette interprétation, c'est la fin même de notre texte : Ulpien y suppose que parmi les créanciers du pécule castrense, il s'en trouve

qui peuvent exercer contre le père une *actio de in rem Verso* suffisante pour leur procurer le paiement. Ainsi un créancier peut avoir prêté vingt *aurei*, lesquels ont été employés dans l'intérêt du père ; ce dernier a donc retiré un profit des obligations contractées par son fils. Le jurisconsulte décide que ce créancier pourra être obligé (*forte poterit*) de recourir par *l'actio de in rem Verso* contre le père avant de faire vendre les biens composant le pécule castrense du fils, afin de ne pas amoindrir par son concours la part que chacun des autres créanciers pourra retirer de cette vente.

On voit aussitôt combien cette décision est peu favorable au créancier. Ce dernier avait deux obligés, le père et le fils, et par suite à sa disposition, deux actions dont il devait pouvoir user selon son intérêt. Au contraire, le voilà forcé de poursuivre avant tout le *paterfamilias* par *l'actio de in rem Verso*. Pour triompher, il devra prouver que l'affaire a tourné au profit du père, preuve qui peut être difficile. Aussi cette action n'est-elle intentée le plus ordinairement que lorsque les poursuites dirigées contre le cocontractant sont restées infructueuses. Et c'est le contraire qui a lieu dans notre hypothèse : le créancier se trouve jeté dans des difficultés de preuve que l'application du Droit commun lui aurait évité. Une pareille disposition peut-elle s'expliquer autrement que par le désir de protéger le pécule castrense et la faveur dont il jouissait ?

Que dire pour le pécule quasi-castrense ? Créé par Constantin, en l'an 321, pour les fils de famille qui occupaient un office ou un emploi dans le palais de l'empereur (*Const. unica*, *C.*, *de castr. omn. palat. pecul.*), successivement étendu aux avocats, aux *agentes in rebus*, et finalement sous Justinien à tous les fonctionnaires rétribués par l'Etat (*Const.* 27, *pr. de inoff. test.*), ce pécule fut inconnu aux jurisconsultes de l'époque classique, quoique le contraire paraisse résulter de plusieurs textes du Digeste (f. 1 § 6, *ad* S. C. Trebell. — f. 3 § 5, *de bono, poss.* — f. 1 § 15, *de collat* — f 7 § 6, *de donat.*) qui mentionnent le pécule quasi-castrense à côté du pécule castrense. Mais on reconnaît généralement aujourd'hui que cette mention est le produit d'une interpolation. Quoi qu'il en soit, dans le cas où les biens du propriétaire d'un pécule quasi-castrense sont vendus, nous pensons qu'on opérait la séparation au profit des créanciers, qui avaient contracté depuis la formation du pécule, et contre ceux envers lesquels il s'était obligé auparavant, ; en d'autres termes nous étendons au pecule quasi-castrense la règle posée par le f. 1 § 9, relativement au pécule castrense. Sans doute c'est là une disposition exceptionnelle. Mais la raison de décider est la même ; et sauf la différence qui existe dans le mode d'acquisition, ces deux pécules paraîssent avoir été assimilés complètement l'un à l'autre, du moins sous Justinien (*Inst.*, *lib.* 2, *tit.* XI., *de test. Milit.*, § 6) et, par conséquent,

soumis aux mêmes règles.

Au contraire le f. 1 § 9 nous paraît inapplicable au pecule *adventice*, introduit seulement sous Constantin (*Const.* 1, *C.*, *de bon*, *Mat.*), car sa nature n'est pas la même que celle des deux autres, et par conséquent les motifs qui ont inspiré le texte précité ne peuvent militer en sa faveur.

Passons au second cas de séparation relatif aux pécules, dû à une constitution de Claude et rapporté par Ulpien au f. 3 § 4 *in fine*, *de Minor.* XXV *ann.* : c'est celui où un fils de famille demande et obtient le droit de séparer son pécule des biens de son père, occupés par le fisc *præpter debitum*.

Cette hypothèse se distingue de la précédente, aux deux points de vue suivants :

1° La séparation est accordée, non plus aux créanciers du fils de famille, mais au fils de famille lui-même ;

2° Il ne s'agit ici que du pécule profectice, c'est-à-dire du pécule constitué par le *paterfamilias*, qui abandonnait à son fils l'administration d'une partie de son patrimoine. Mais cette concession, susceptible d'être diminuée ou retirée à volonté, ne transportait au fils de famille aucun des attributs du Droit de propriété et le pécule continuait d'appartenir au père. Les biens qui le composaient étaient partagés à son décès entre tous ses enfants, en même temps que les autres biens de la succession paternelle ; ils pouvaient être saisis par les créanciers du père. Par conséquent le même droit

devait être reconnu au fisc. Aussi fallut-il une constitution de l'empereur Claude pour lui enlever le droit de les comprendre dans la saisie des autres biens du patrimoine paternel et pour permettre au fils d'en distraire le pécule dont l'administration lui avait été confiée.

Cette constitution dérogeait donc aux principes rigoureux du Droit civil ; le fils était considéré à l'égard du Trésor comme créancier ayant droit au pécule et comme pouvant à ce titre exercer à l'encontre de ce dernier, un droit de préférence qui se réalisait par la *separatio*. Une pareille dérogation ne s'explique, que par des considérations d'équité parfaitement en harmonie avec le système qui, dès les premiers empereurs, tendait de plus en plus à constituer au fils de famille une personnalité indépendante et des droits distincts de ceux du père de famille.

Notre loi donne lieu à diverses questions sur lesquelles le silence des textes ne nous permet pas de donner des solutions bien précises. Ainsi le f. 3 § 4 paraît ne pouvoir s'appliquer qu'aux mineurs de vingt-cinq ans. Toutefois nous ne voyons aucune raison pour ne pas étendre même aux fils de famille majeurs la disposition qu'il contient. C'est ce qui nous paraît résulter tant de l'esprit de la constitution que du rapprochement des deux parties dont se compose le texte. Dans la première partie, Ulpien se demande dans quels cas le mineur de vingt-cinq ans peut invoquer la *restitutio*

in integrum, et il ne lui reconnaît ce droit que tout autant qu'il est poursuivi lui-même, et non pas quand c'est son père qui se trouve poursuivi de *peculio*. Dans la seconde partie, le jurisconsulte traite de la *separatio*. Or le mineur de vingt-cinq ans a seul droit d'une manière générale à la *restitutio in integrum;* ceux qui sont *perfectæ cætatis* ne peuvent s'en prévaloir que dans certains cas limitativement déterminés, tels que les cas de violence, *de dol*, *de justus error*, d'absence, etc., car le mineur est présumé n'avoir pas un entier discernement, tandis qu'à l'égard des autres cette présomption est rejetée. Les mêmes motifs n'existent plus en ce qui concerne la *separatio*, le discernement du fils de famille n'est pas en jeu, qu'importe dès lors qu'il soit mineur ou majeur de vingt-cinq ans?

Autre question ; le f. 3 § 4 vise seulement le cas de poursuites exercées par le fisc : faut-il toutefois généraliser la faveur qu'il confère au fils de famille, de façon à lui permettre de soustraire par la *separatio* son pécule à l'action des créanciers de son père, quels qu'ils soient? La raison de douter vient de ce que la séparation est ici accordée contre le fisc, c'est-à-dire contre un créancier que les lois protégent habituellement de la manière la plus efficace : il semble donc qu'elle devrait l'être à plus forte raison contre des créanciers ordinaires. Toutefois la solution contraire nous paraît préférable, car la constitution de Claude constitue une

grave dérogation au Droit commun et en pareille matière on ne doit pas étendre les exceptions admises par le législateur. Si Claude a décidé ainsi contre le fisc, c'est parce qu'en somme il en était le maître et qu'il pouvait faire sur les droits du Trésor telles concessions qu'il lui plaisait. Mais aller jusqu'à porter atteinte aux droits des tiers par une disposition aussi contraire aux principes généraux du Droit romain, l'innovation serait trop grande pour que Claude, selon nous, ait jamais songé à la réaliser.

Reste à examiner si la règle consacrée par notre texte n'est pas contredite par un autre du même jurisconsulte, le f. 1 § 4 *in fine*, *quando de peculio*, XV, 2, ainsi conçu : *Sed et si morte patris vel deportatione, sui juris fuerit effectus filius, de peculio intra annum heres patris vel fiscus tenebitur.* — Le fisc est donc tenu *intra annum* de l'action de *peculio* : or si le fils conservait son pécule, il pourrait être poursuivi directement, sans que les créanciers eussent action contre le fisc : s'il en est autrement, c'est que le fisc s'est emparé du patrimoine paternel, le pécule y compris. L'antinomie semble donc certaine. Nous pensons cependant qu'elle n'est qu'apparente ; la différence des solutions résulte seulement de la différence des hypothèses prévues par les deux textes. Le f. 3 § 4 vise le cas où la prise de possession du patrimoine paternel est fondée sur une dette du père envers le fisc qui est créancier. *bona a fisco propter debitum occupata sunt*, dit le juris-

consulte ; tandis que dans l'hypothèse du f. 1 § 4, le fisc n'est pas créancier, le père a été condamné à la déportation et c'est en vertu d'une confiscation, *ob delictum*, qu'il est dépouillé de ses biens.

Cette conciliation présente cet avantage de mettre d'accord deux textes émanés du même auteur et du même ouvrage, *Ulpianus ad edictum*. Mais il faut bien avouer que, loin de donner un motif satisfaisant de cette diversité de solutions, elle suppose au contraire une imperfection de législation : il aurait mieux valu, ce nous semble, que le fils ne fut pas atteint par la peine prononcée contre le père, car les peines sont personnelles, et qu'au contraire ce dernier, en contractant les dettes dont on poursuit l'exécution, fut réputé avoir retiré à son fils l'administration du pécule.

2° *Séparation accordée à l'esclave exerçant deux commerces différents ou ayant plusieurs établissements*. — Ce cas est prévu par le f. 5, §§ 15 et 16, *de trib. act.*

Voici l'espèce prévue par le § 15 : Un esclave exerce deux commerces différents (*duas negotiationes*), un commerce de soierie et un autre de toilerie (*sagariam et linteariam*), et il a eu pour chacune de ces deux industries des créanciers séparés (*separatos habuit creditores*). Ulpien se demande *an omnes in iisdem (mercibus) confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi :* le jurisconsulte répond que la contribution se fera séparément entre eux. On formera donc deux masses distinctes de créanciers

qui correspondront à deux masses distinctes des biens, l'une des soieries, l'autre des toiles, suivant que ces créanciers le seront devenus à raison de l'une ou de l'autre espèce de marchandises. Et voici la raison qu'en donne le jurisconsulte : *Unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi, credidit.*

Le § 16 du même f. se réfère à une hypothèse différente : L'esclave ne s'occupe que d'un seul commerce, mais il a pour ce même commerce deux boutiques, deux établissements différents. Dans ce cas encore, il faudra ne confondre ni les créanciers de chacune des deux maisons de commerce, ni les marchandises de chacune des deux maisons. Le motif est toujours le même, et c'est un motif de haute équité (*æquissimum puto*) ; une confusion ne doit pas profiter aux uns au préjudice des autres, *ne ex alternis re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.* Et quoi de plus simple ? Le créancier a prêté à la marchandise, c'est-à-dire qu'il a considéré la marchandise comme son gage, de même que celui qui prête son hypothèque prête en quelque sorte à l'immeuble, c'est-à-dire le regarde comme son gage éventuel.

Les autres cas spéciaux de *separatio bonorum* que nous avons à étudier, se réfèrent à la matière des successions avec cette circonstance caractéristique qu'ils peuvent être invoqués par l'héritier.

3° *Séparation de biens accordée à l'héritier fiduciaire.* — C'est ce que nous apprend encore Ulpien, qui paraît avoir le monopole des cas spéciaux de

separatio bonorum, f. 1 § 6, n. t. Voici l'espèce prévue : *Primus* a institué pour héritier *Secundus* en le chargeant de restituer les biens à *Tertius*. *Secundus*, en vertu du sénatus-consulte Pégasien, rendu sous le règne de Vespasien en l'an 73 de l'ère chrétienne, peut retenir un quart de l'hérédité, sous le nom de *quarte* Pégasienne ; en outre, refusant de faire adition, il peut y être contraint par le prêteur, à la demande du fidéicommissaire *Tertius* (Inst. § 6, *de fideic. hered.*), dans ce cas, il est tenu de restituer à ce dernier l'hérédité entière, *ex Trebelliano*, selon le sénatus-consulte Trébellien, c'est-à-dire sans *quarte* (f. 4, *ad S. Cons. Trebell.*). Mais si l'adition est alors pour le fiduciaire *Secundus* sans bénéfice, il est juste qu'elle soit aussi pour lui sans péril (*Inst.* § 7 *in fine*, *de fid. hered.*) : et en effet, les charges de la succession lui deviennent complètement étrangères, car il peut opposer aux créanciers du défunt une exception dite *restitutæ hereditatis* (f. 27 § 7, *ad S. Cons. Trebell.*). Le fidéicommissaire se trouve seul tenu, en vertu d'actions utiles, de payer les dettes du *de cujus* (*Inst.* § 4 *de fideic. hered.*)

Or, le jurisconsulte suppose bien dans le f. 1 § 6, que l'héritier fiduciaire *Secundus* a été forcé d'accepter la succession, alors qu'il s'y refusait, la trouvant suspecte. Mais de plus, le texte présente cette particularité, qu'au moment où le fiduciaire vient restituer à qui de droit, il ne trouve plus personne. Comment cela peut-il se faire ? Il est évi-

dent d'abord que le fidéicommissaire *Tertius* ne peut refuser d'accepter l'hérédité, par cela seul qu'il reconnaît s'être trompé dans ses calculs. En pareil cas, le f. 67 pr., *ad S. Cons. Trebell.*, décide que le préteur donnera de sa propre autorité contre lui les actions, comme si la restitution lui avait été faite. Il faut donc supposer que la restitution ne peut avoir lieu, soit parce que le fidéicommissaire meurt sans laisser d'héritier auquel elle puisse être faite (f. 11 § 2, *ad S. C. Treb.*), soit parce qu'il disparaît subitement pour échapper aux conséquences de sa demande irréfléchie.

Voilà par conséquent *Secundus* dans la situation très fâcheuse de supporter, malgré lui, tous les *onera hereditaria*, sans avoir aucun moyen d'échapper aux poursuites des créanciers du défunt, sans qu'il lui soit possible d'invoquer l'exception *restitutæ hereditatis*, puisqu'il est encore nanti des biens de la succession.

Ce résultat n'était-il pas injuste ? Quelle faute pouvait-on reprocher à cet institué dont l'adition n'avait pas été libre ? Le préteur qui ne l'avait exigée que dans la pensée qu'elle profiterait au fidéicommissaire sans nuire au fiduciaire, ne devait-il pas réparer le préjudice causé par son intervention ? Aussi Ulpien nous apprend-il qu'un rescrit d'Antonin le Pieux vint au secours du fiduciaire, en décidant que les créanciers de la succession ne pourraient faire vendre que les biens héréditaires, comme s'il n'y avait pas eu d'adition.

Le fiduciaire pourra donc faire séparer ses biens personnels de ceux de l'hérédité. Son acceptation de la succession pourra quand même lui être avantageuse, si contre toute espérance les biens du défunt sont plus que suffisants pour payer ses dettes ; dans ce cas il a droit à l'excédant de l'actif sur le passif.

Faisons remarquer que l'héritier fiduciaire ne sera pas forcé d'attendre les poursuites des créanciers héréditaires pour demander la séparation ; sinon, il faudrait admettre que le délai de cinq ans par lequel se prescrit le droit de demander la *separatio* (f. 1 § 13, n. t.), ne court pas contre lui, puisque les créanciers n'auraient qu'à ne pas entamer de poursuites pendant ce laps de temps pour rendre illusoire le bénéfice du rescrit.

Enfin le f. 1 § 6 *in fine* ajoute que, si le fiduciaire néglige d'invoquer le rescrit d'Antonin, ses créanciers personnels, sans distinguer s'ils ont contracté avant ou après l'adition, pourraient le faire en son lieu et place ; ce qui produira en quelque sorte, l'effet de la séparation, *ut quasi separatio quædam præstetur*.

4° *Séparation de biens accordée à l'héritier nécessaire.* — Le f. 1, § 18, n. t. s'en occupe : *Ita scien dum est, necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem scilicet ut si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei, quidquid postea adquisierit, separetur, sed et si quid ei a testatore debetur.* — La *separatio bonorum* est accor-

dée à l'esclave affranchi par testament, et institué héritier par son maître : sous Justinien, l'institution implique le don de la liberté (Const. 5 pr., C., *de nec hered. inst.* — Inst. § 1, *de hered. qual. et diff.*)

Quelle utilité le testateur retire-t-il de l'institution d'un esclave ? Cette utilité est fort grande, si l'on songe à ce qui se passait à la mort d'un débiteur insolvable dont personne n'avait voulu accepter la succession. Les créanciers se faisaient envoyer en possession de son hérédité (Gaii Co. 3, § 78) et vendaient en bloc ses biens sous son nom. Or, en Droit romain, la *venditio bonorum*, vente en masse des biens d'une personne, entraînait l'infamie (Gaii Co. 2, § 154). Celle-ci atteignait donc la mémoire du défunt. Pour parer à cette redoutable éventualité, le citoyen Romain, ayant des doutes sur sa solvabilité, a intérêt à instituer un héritier sur qui portera l'infamie, sans qu'elle puisse rejaillir sur sa mémoire. Le Droit civil lui permet d'instituer un esclave. Cet esclave ainsi institué est à la fois affranchi de l'esclavage et lié à l'hérédité : d'une part en effet l'affranchissement échappe en pareil cas aux critiques des créanciers, grâce à une disposition formelle de la loi *Œlia Sentia* (*Inst. lib.* 1, *tit.* 6, § 1), et d'autre part l'institué est héritier à son insu, même malgré une volonté contraire : voilà pourquoi on l'appelle *heres necessarius*. Les biens qu'il aura recueillis seront vendus comme biens de l'héritier, et par

conséquent sous son nom, qui seul figurera dans les affiches (*proscriptiones*) destinées à appeler les acheteurs ; l'infamie le frappera, sans qu'il puisse la repousser.

Tel était le Droit civil. Toutefois cette infamie venant frapper l'affranchi du chef de son maître, avait paru injuste à certains esprits. Sabinus, d'après Fufidius, avait proposé d'en exempter l'héritier nécessaire, *quia non suo vitio, sed necessitate juris, bonorum venditionem pateretur* ; mais son opinion n'avait pas prévalu. C'était une idée tellement ancrée dans les mœurs, que Gaius, qui rapporte cette opinion, ne prend même pas la peine de la discuter, il se contente de dire : *Alio jure utimur*, Co. 2 § 154.

De ce que l'esclave est héritier et représente la personne de son ancien maître, il s'ensuit qu'il est tenu *ultra vires* de toutes les obligations dont eût été tenu le défunt lui-même, s'il eût survécu. En conséquence, si le prix provenant de la vente des biens du défunt est insuffisant pour désintéresser tous ses débiteurs, l'esclave est personnellement tenu pour l'excédant. Par suite « ses créanciers sont autorisés à vendre les biens qui lui adviendraient plus tard d'une manière quelconque, et même à l'emprisonner, comme tout débiteur insolvable. Par là l'acquisition de la liberté lui crée une situation souvent pire en fait que sa condition antérieure » (*Accarias* t. 1, n° 344).

Il fallait remédier à une pareille situation, il le

fallait dans un intérêt économique aussi bien que dans un intérêt moral. Que le maître sauvât son honneur, en rejetant la honte de son insolvabilité sur son esclave, tout le monde y gagnait, l'esclave lui-même : ne valait-il pas mieux en effet, être citoyen Romain, sans *existimatio*, qu'esclave? Voilà pourquoi l'infamie, conséquence forcée de toute *bonorum venditio*, frappa *l'heres necessarius* tant que dura la *bonorum venditio* elle-même, c'est à dire jusqu'à la fin de l'époque classique. (Inst. pr., *de succ. subl.*) Mais vouloir que l'esclave devenu libre, ne pût, après avoir remis tout le patrimoine de son maître à ses créanciers, n'acquérir en quelque sorte que pour eux, n'était-ce pas l'engager à vivre dans la paresse et la misère et priver la République du travail d'un homme libre ?

Pour obvier à cet inconvénient, le préteur accorda à *l'heres necessarius* le bénéfice de séparation. L'avantage que l'esclave en retire consiste en ce qu'il se trouve désormais affranchi de toute obligation personnelle envers les créanciers de la succession. En vertu de ce bénéfice les biens du défunt se séparent d'avec ceux de l'héritier : l'actif et le passif de l'un ne se confondent plus avec l'actif et le passif de l'autre. Les créanciers du *de cujus* ne peuvent plus faire vendre les biens propres de l'esclave pour l'acquittement des dettes héréditaires (Inst. § 1 *in fine, de her. qual. et diff*), ils doivent s'en tenir aux choses appartenant au testateur au moment de sa mort.

Mais que faut-il entendre par biens de l'esclave ? n'est-il pas étrange qu'un esclave ait besoin d'un bénéfice semblable, puisqu'il n'a rien en propre, (*ipse enim servus qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest*, Inst. § 3. *per quas pers. nob. adq.*), tous les biens qu'il acquiert comme esclave faisant partie du patrimoine de son maître ? C'est qu'il s'agit ici de biens qui seraient advenus à l'esclave sans avoir été acquis au maître. Tels sont les biens qu'il a pu gagner par son travail ou les libéralités qui lui ont été faites depuis qu'il est devenu libre, sans distinguer si ces acquisitions sont antérieures ou postérieures à la *bonorum venditio* (Gaii Co. 2, § 155). L'obtention de la *separatio* permet même, à *l'heres necessarius*, non-seulement de soustraire aux poursuites des créanciers héréditaires ce qu'il a acquis après la mort de son maître (*quidquid postea adquisierit*), mais encore de conserver les créances qu'il a contre le défunt, *si quid a testatore debetur* (f. 1 § 18, n. t.).

Que signifient ces derniers mots ? à quelles créances font-ils allusion ? comment le testateur pouvait-il devoir quelque chose à son esclave ? Nous ne pensons pas que ces expressions se réfèrent à une créance dépendant du pécule, car entre l'esclave et le patron il ne peut exister que des obligations naturelles (f. 64, *de Cond. indeb.* (*), et on ne saurait admettre que la séparation eût pour effet de donner une sanction à des obligations qui

* Voy. M. Massol, de l'obligat. nat., p. 173. 2e éd.

en sont dépourvues ; d'ailleurs le pécule que *l'heres necessarius* a administré, pendant qu'il était esclave, étant la propriété de son maître, doit se trouver naturellement compris dans la saisie faite par les créanciers de ce dernier. Ces mots ne peuvent pas non plus viser le legs du pécule fait par le patron à son esclave, car celui-ci étant seul héritier, il ne peut pas y avoir de *prælegatum*, du reste un legs ne peut être opposé aux créanciers qui ont toujours le droit de se faire payer avant les légataires, *nemo liberalis nisi liberatus*. « Pour trouver au profit de l'affranchi une créance qui échappe aux objections que nous venons d'indiquer, dit M. Machelard (Des oblig. Nat., p. 194), il faut, ce nous semble, supposer que la créance ne prend réellement naissance qu'après la mort du maître. C'est ce qui aura lieu, par exemple dans le cas où le maître aurait recueilli comme héritier institué une succession grevée d'un legs conditionnel au profit de son esclave. » Ici la règle Catonienne ne sera pas applicable à cause de la condition qui affecte le legs ; il est vrai que d'après les Proculériens (Gaii Co. 2, § 244 *in fine*) le legs conditionnel devait être annulé en pareil cas comme le legs pur et simple, mais l'opinion contraire des Sabiniens se prononçant par la validité du legs, prévalut, comme le prouve le § 32 du titre de *legatis*, aux *Institutes* (*). Si la condition ne se réalise qu'après

* Voy. sur ce point M. Massol, Principe de la règle catonienne en dr. rom. et en dr. fr., p. 27 et s.

la mort du maître, à une époque où le légataire est devenu *sui juris*, ce dernier profitera du legs qui lui a été fait C'est ce qui arrivera, si l'esclave légataire sous la condition, *quum liber erit, est heres necessarius*. Il aura donc en ce cas une créance contre l'hérédité ; grâce au bénéfice de séparation, cette créance sera sauvée de la confusion qui aurait dû résulter de cette circonstance que le créancier est devenu l'héritier du débiteur du legs. *L'heres necessarius* exercera son droit au legs, soit en prélevant l'objet légué, s'il s'agit d'un legs *per vindicationem*, d'un legs de propriété, soit s'il s'agit d'un legs *per damnationem*, d'un legs de créance, comme semble le supposer Ulpien dans notre texte, en concourant avec les créanciers héréditaires sur les valeurs qui seraient l'objet de la *bonorum venditio*.

Gaius exige, pour que les acquisitions de l'*heres necessarius* lui soient réservées, qu'elles n'aient pas leur cause dans sa qualité d'héritier, qu'elles ne proviennent pas *ex hereditaria causa, velut si ex eo quod Latinus adquisierit, locupletior factus est* (Co. 2, § 155). A quelle hypothèse se réfère l'exemple donné par le jurisconsulte? Gaius, croyons-nous, vise le cas où l'*heres necessarius* recueille comme patron les biens laissés par un Latin Junien affranchi par le testateur et mort après ce dernier. Ainsi, le *de cujus* avait deux esclaves : Stichus et Pamphile. Après avoir affranchi Stichus par acte entre vifs, mais de façon à le rendre seulement Latin,

il a fait de Pamphile son *heres necessarius*. Stichus devenu libre a pu acquérir des biens ; il meurt quelque temps après son patron : que deviennent les acquisitions qu'il a pu faire ? *Pertinent, tanquam peculium ad heredem patroni*, (Co. 3, § 58, *in fine*). C'est donc Pamphile qui en profitera ; mais il ne pourra pas séparer ses biens d'avec les biens héréditaires, les soustraire aux poursuites du créancier du défunt. Pourquoi ? Parce qu'ils proviennent *ex hæreditaria causa*, de l'hérédité. Aussi, devront-ils, comme les autres valeurs de la succession, servir à désintéresser les créanciers du défunt (Demangeat, loc. cit., p. 762).

L'héritier nécessaire doit demander la séparation au préteur qui l'accorde par un décret. Rien de semblable n'est exigé en ce qui concerne le bénéfice d'abstention réservé à l'héritier sien et nécessaire : *Non est necesse prætorem adire, sed sufficit, se non miscuisse hereditati,* f. 12, *de adq, vel om. hered.* Mais, comme le bénéfice d'abstention, l'exercice de la *separatio bonorum* est subordonné à la condition que l'esclave ne sera pas immiscé dans les affaires de l'hérédité : *Scilicet ut si non attigerit bona patroni* (f. I, § 18, n. t.).

Du reste, malgré le bénéfice de séparation, l'affranchi n'en reste pas moins héritier, et c'est sous son nom que la vente des biens du défunt se fera : l'infamie continue donc de le frapper. La volonté du testateur est respectée et le but qu'il se proposait se trouve atteint. Il en fut ainsi jusqu'à l'époque

de Justinien, où la vente en bloc des biens du débiteur qui ne paie pas ses dettes ayant disparu, il ne peut plus être question de l'ignominie qui en résultait autrefois. Au contraire, la position de l'héritier qui a usé du *jus abstinendi* a toujours été différente, car, par l'effet de ce bénéfice, les biens du défunt sont vendus sous son nom, l'héritier n'encourt pas l'ignominie. Voilà pourquoi l'héritier nécessaire ne peut pas invoquer le bénéfice d'abstention : (Ulp. regul., t. XXII, § 24, *in fine*).

Voici cependant une hypothèse dans laquelle le *jus abstinendi* est donné à un héritier simplement nécessaire : c'est celle où un individu *in mancipio* a été déclaré libre et institué héritier. (Co. 2, § 160.)

Cette singularité s'explique par sa qualité d'homme libre : on a voulu le soustraire à l'infamie qui l'atteindrait inévitablement s'il n'avait pu, comme l'esclave institué par son maître, invoquer que le *jus separationis*.

5° *Séparation accordée au patron de l'affranchi.* — Julien, dans le f. 6, § 1, n. t., nous dit : « Si une affranchie instituée héritière, a demandé la *bonorum possessio secundum tabulas* et que le testateur soit mort insolvable, on s'est demandé si les biens de cette affranchie devaient être séparés des biens héréditaires. On a répondu qu'il était juste de venir au secours du patron, pour qu'il ne fût pas chargé des dettes que l'affranchie aurait contractées en demandant la *bonorum possessio secundum tabulas.* »

Le laconisme désespérant de cette loi en rend

l'explication très difficile. Voyons d'abord pourquoi Julien ne parle que d'une affranchie *(liberta)* et non pas d'un affranchi. C'est que le patron vient presque infailliblement à la succession d'une affranchie, tandis que son droit à celle d'un affranchi est purement éventuel, n'est en réalité qu'une simple espérance : expliquons-nous. D'après la loi des 12 Tables, la succession *ab intestat* d'un *libertus* était dévolue, en premier ordre, à ses héritiers siens, en second ordre à son patron (Inst., pr., de succ. libert.). Mais une femme ne peut avoir d'héritiers siens (Ulp , reg. t. 29, § 2) : ce qui arrivait toujours à l'époque de Julien, contemporain d'Adrien, et ce qui ne fut changé que par le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle. De plus, il est difficile que l'affranchie puisse avoir des héritiers testamentaires autres que son patron, puisque, étant sous la tutelle de ce dernier, elle ne peut faire un testament valable sans son autorisation. Le patron a donc des droits assurés à la succession de son affranchie ; il est certain de la recueillir. Voilà pourquoi le patron peut demander la séparation des biens de son affranchie de ceux de l'hérédité onéreuse par elle acceptée : voilà pourquoi ce droit du patron à la *separatio* subsiste même après la loi Papia Poppæa, car, si cette loi libéra l'affranchie qui aurait eu quatre enfants et lui permit de tester valablement sans aucune autorisation, elle accorda aussi au patron, dans la succession de cette affranchie, une part virile, calculée sur le nombre des

enfants survivants (Ulp., reg., t. 29, § 3).

Mais le droit du patron sur la succession d'un affranchi n'offrait plus le même caractère : au lieu d'être certain, il était purement éventuel. L'affranchi pouvait avoir des héritiers siens et par un testament fait au profit même d'un étranger, exclure le patron de sa succession. Sans doute le préteur corrigea la double injustice que renfermait la loi des 12 tables, et notamment en matière de succession testamentaire l'affranchi dût laisser au patron dans son testament, au moins la moitié de ses biens (Gaii Co. 3, § 41), réserve qui fut modifiée d'abord par la loi *Papia Poppæa* (Gaii Co. 3, § 42), et plus tard par Justinien (*Inst,*. § 3, *de succ. libert.*) Mais on ne trouve rien qui permette de croire que la faveur spéciale, accordée au patron de faire séparer les biens de l'affranchie de ceux de l'hérédité par elle acquise, lui ait été aussi reconnue contre l'affranchi ; et c'est sans doute par inadvertance que Voët (*Comm. ad Paud.*, *liv.* 42, *t.* VI, *de separ.*, § 2) et Doneau (*loc. cit.*, § 7) ont dans leur commentaire de notre texte parlé d'un *libertus* plutôt que d'une *liberta.*

A quel moment, dans ce cas spécial, était-il permis de demander la *separatio bonorum ?* était-ce seulement après la mort de l'affranchie, ou bien le patron pouvait-il réclamer ce bénéfice en tout temps, lors même que l'affranchie était encore vivante ? La question présente de l'intérêt, notamment en ce qui concerne la fixation du point de

départ de la prescription de la *separatio* : si la demande n'est recevable qu'après le décès de l'affranchie, la prescription ne courra qu'à partir de ce jour, puisque le droit ne se trouvera ouvert qu'à cette époque et qu'un droit ne peut se prescrire avant qu'il soit né ; la demande au contraire peut-elle être formée même pendant la vie de l'affranchie, la prescription courra du jour de l'adition d'hérédité faite par l'affranchie, f. 1, § 13, n. t. Selon Doneau (*loc. cit.*, § 7), Julien supposerait que l'affranchie est déjà morte, lorsque le patron peut demander la *separatio*. Mais cette opinion nous paraît inacceptable, car elle rend illusoire la protection accordée au patron : les créanciers de l'hérédité insolvable acquise par l'affranchie n'auraient qu'à poursuivre cette dernière sur tous ses biens pendant sa vie, et à moins de mort presque concomitante, ces créanciers auraient été déjà payés sur les biens personnels de cette affranchie, avant que le patron eut pu se prévaloir de son droit ; d'où un préjudice irréparable pour ce dernier. Quand même les créanciers n'exerceraient pas de poursuites, la séparation deviendrait presque toujours inutile, par la confusion de fait qui se serait opérée entre les deux patrimoines de l'hérédité et de l'affranchie et qui, comme nous le verrons, est une cause de déchéance du droit de demander la *separatio bonorum*.

Aussi pensons-nous que le patron pouvait demander la *separatio* du vivant même de l'affranchie

et cela en sa qualité de tuteur. La tutelle des patrons présentait ce caractère que le préteur ne les forçait jamais, sauf pour des cas graves, à fournir leur *auctoritas* à la femme qui voulait, soit tester, soit contracter une obligation soit aliéner une *res mancipi* (Gaii Co. 2, § 192). On ne voulait pas que ces personnes fussent exclues, malgé elles, par un testament, ou que l'hérédité leur arrivât grevée de dettes, ou appauvrie de ce qu'elle aurait dû contenir de plus précieux. Or l'affranchie, en acceptant une succession onéreuse, avait en réalité contracté des obligations, dont l'effet n'était pas opposable au patron, qui demandait la *separatio bonorum*. Ce bénéfice servait pour ainsi dire de sanction à la règle posée par Gaius au § 192. Sans doute les deux actions créées par le préteur pour protéger le patron contre les actes quelconques que ferait l'affranchi en fraude de ses droits, *l'actio Faviana* et *l'actio Calvisiana,* ne pouvaient être intentées qu'au décès de l'affranchi, car la première était donnée contre le testament de l'affranchi, la seconde contre sa succession *ab intestat* (f. 3, §§ 2, 3, *si quid in fr. patroni,* D., 38, 5 — Const. 2, C., *si in fr. patr.,* 6, 6.) Mais rien ne nous indique que l'exercice du droit de *separatio* accordé au patron fut subordonné à la condition chez ce dernier de prouver le *consilium fraudis* de l'affranchi. Doneau semble pourtant l'exiger, il est d'ailleurs très peu explicite sur ce point : « *Et sane non debet esse in potestate liberti fraudare patronum, non necessaria*

onera suscipiendo, » (*loc. cit.* § 7). Mais cette condition est repoussée par la généralité des termes de notre texte (*non est iniquum succurri patrono, ne oneraretur œre alieno*), qui accordent au patron la *separatio* par le seul fait que la succession recueillie serait onéreuse. D'ailleurs ce n'est pas la seule différence qui existe entre la *separatio* et les actions Faviana et Calvisiana : tandis que la *separatio* se perd par la confusion et par la prescription *quinquennale,* f. 1, §§ 12, 13, n. t., aucune de ces causes de déchéance n'est applicable aux deux autres actions ; bien plus, elles sont perpétuelles, f. 3 § 1, *si quid in fr. patr.*

Nous pouvons donc conclure que le patron peut agir du vivant de son affranchie pour demander la *separatio.* Cette solution, basée sur le droit de tutelle du patron, explique en même temps pourquoi la règle consacrée par le f. 6 § 1 ne s'étendait pas à la succession onéreuse acceptée par un affranchi. Celui-ci en effet, parvenu à l'âge de puberté, n'était plus sous la tutelle de son patron.

B. — Tels sont les divers cas spéciaux de *separatio bonorum* que nous présentent le Digeste : à ces hypothèses s'appliquent des règles qui varient suivant chaque espèce et qui ne sont pas celles de la *separatio* ordinaire, accordée aux créanciers du défunt et aux légataires, contre les créanciers personnels de l'héritier, f. 1 § 1, n. t. Il a donc fallu, comme nous l'avons déjà fait remarquer, pour que les rédacteurs du Digeste les aient placées sous une

seule et même rubrique, qu'il ait existé entre elles un lien commun.

Nous avons à rechercher quel était ce lien, en d'autres termes à nous demander quel est le caractère de la théorie générale des séparations? Sur ce point, les documents précis nous font défaut, et nous sommes obligés d'avoir recours à des conjectures. Mais nous n'en adoptons pas moins l'opinion de M. Cabantous qui, dans une dissertation insérée dans la *Revue de Législation* (to. 4, p. 27 et s., esquisse d'une théorie de la sép. des patr.), s'est attaché à prouver que « dans le système des lois romaines, la faculté de demander la séparation des patrimoines ne donnait pas lieu à une action isolée ; cette faculté se liait à l'ensemble des voies d'exécution forcée accordées aux créanciers contre leur débiteur et ne pouvait être exercée que comme partie intégrante de ces voies d'exécution. » Et plus loin, parlant des diverses hypothèses de la *separatio bonorum,* il ajoute, « que le lien commun entre tous ces divers cas, c'est la circonstance dans laquelle ils se réalisent : l'événement d'une vente forcée. L'expropriation sera dirigée sans doute contre des personnes différentes, suivant les cas, ou contre l'héritier, ou contre le fils de famille, ou contre le défunt sur la tête de l'héritier nécessaire, ou enfin contre l'affranchi ; mais toujours il y aura expropriation, et ce ne sera que sous la condition de l'existence de poursuites déjà formées dans cet objet ou à la charge de les former préa-

lablement, que les divers ayant-droit seront recevables à proposer la séparation à l'égard des biens expropriés. » En résumé, le lien commun qui unit les différentes espèces de *separatio bonorum,* c'est la nécessité de poursuites préalables en expropriation : mais l'accomplissement de cette condition peut émaner de tout autre que le demandeur en *separatio bonorum.*

Voici maintenant les preuves qui, selon nous, justifient cette théorie. Elles se tirent, d'abord de l'ordre des titres *de separationibus,* c'est-à-dire de la place qu'ils occupent soit au Digeste soit au Code, et de leurs rubriques respectives, puis de l'examen attentif des fragments eux-mêmes, et enfin du but que s'est proposé le préteur en créant la théorie de la séparation.

Et d'abord examinons avec soin l'ordre des titres du liv. 42 du Digeste, et leurs rubriques respectives. Ce livre a pour objet de poser les règles à l'aide desquelles les créanciers arrivent à réaliser leurs droits. Ils doivent commencer par appeler leur débiteur en justice, afin de le forcer à avouer sa dette (tit. 2, *de confessis*), ou à défaut, obtenir contre lui une condamnation (tit. 1, *de re judicata,* et de *effectu sententiarum,* et de *interlocutionibus*). Et alors, de deux choses l'une ; ou le débiteur est solvable, ou il ne l'est pas : dans le premier cas, il n'a qu'à payer, dans le second deux partis lui sont ouverts; faire une *bonorum cessio*, ou bien subir la *bonorum venditio,* c'est-à-dire se lais-

ser exproprier. Ces deux dernières hypothèses ont seules été prévues par les compilateurs du Digeste. En effet le titre 3 s'occupe de la *bonorum cessio*, qui permet à un débiteur de conserver sa liberté en faisant à ses créanciers l'abandon général de ses biens. (Const. 1, C., *qui bon. ced poss.*) Puis viennent les titre 4, 5, 7, où sont indiqués les préliminaires obligatoires d'une *bonorum venditio*. C'est ainsi que le titre 4 (*quibus ex causis in possessionem eatur*) et le titre 5 (*de rebus auct. jud. poss. siu vend.*) se réfèrent au premier décret du préteur qui prononce la *missio in possessionem* sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers. Or, c'est immédiatement après ces deux titres que se trouve notre titre 6, *de separationibus*, où sont énumérés tous les cas de séparation. Donc l'exercice de ce Droit devait s'interposer entre le dessaisissement du débiteur produit par la *missio in possessionem* et la réalisation du prix au profit des créanciers.

Vainement nous objecterait-on que ce rapprochement de titres n'autorise en rien cette conclusion, parce que les commissaires de Justinien, après s'être occupés des règles relatives aux voies d'exécution forcée contre un débiteur, ont très bien pu passer dans notre titre à un nouvel ordre d'idées n'ayant que peu de rapport avec ce qui précède. Cette assertion, en effet, tomberait devant cette simple considération que le titre suivant, intitulé *de Curatore bonis dando*, traite encore d'une des formalités qui doivent précéder la *bonorum venditio*,

c'est-à-dire de la nomination d'un curateur par le magistrat *ex consensu majoris partis creditorum* (f. 2 pr., *de cur. bon. dando*), chargé d'administrer à la place du débiteur dessaisi. C'est donc que le législateur n'a pas changé de sujet et qu'il considère la demande en séparation comme un incident, une complication de la procédure d'éxécution forcée et comme subordonnée à la condition de poursuites préalables contre le débiteur. D'ailleurs que l'on se reporte au titre 72 du livre 7 du Code ; son intitulé suffit pour lever tous les doutes, car il y est traité de l'envoi en possession des créanciers et de la séparation de biens sous une seule et même rubrique : *De bonis auctoritate judicis possidendis, seu venumdandis,* et de *separationibus bonorum*.

L'examen attentif des fragments eux-mêmes nous conduit encore à cette conclusion : tous montrent bien clairement la demande en *separatio* exercée au milieu de poursuites en expropriation dirigées contre le débiteur. Le f. 1 § 1, n. t., qui se réfère au cas type de la *separatio bonorum,* c'est-à-dire à la *separatio* accordée aux créanciers d'un défunt, dit : *Heres ei extitit Titius ; hic non est solvendo, patitur bonorun venditionem :* Voilà le milieu où s'interpose la demande en séparation formée par les créanciers héréditaires, ceux-ci exposeront : *bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem,* et le préteur rendra alors, *cognita causa,*

son décret de séparation. Mêmes expressions au f. 1 § 8, n. t., *bona veneant,* au § 9 à propos du *filius familias qui castrense peculium habet,* au f. 3 qui commence ainsi : *debitor fidejussori heres extitit, ejusque bona venierunt.* Toujours la même idée : l'expropriation du débiteur. Cette insistance des jurisconsultes à noter une circonstance toujours identique, n'est-elle pas la justification la plus complète du système que nous exposons ? Enfin ce qui prouve d'une manière indubitable que cette condition de l'existence de poursuites préalables est commune à toutes les séparations, c'est que le f. 3 § 4, *de Minor.* XXV *ann.* ne permet au fils de réclamer notre bénéfice, afin de distraire son pécule des biens de son père, qu'autant qu'ils sont occupés par le fisc pour sûreté d'une dette, *si patris bona a fisco propter debitum occupata sunt.*

Un dernier argument peut se tirer du but du préteur en cette matière. Le préteur, en instituant la *separatio,* a voulu, avons-nous déjà dit, garantir certaines personnes contre les effets de l'insolvabilité de quelques autres, et pour cela il a dérogé à la stricte application des principes de *l'ipsum jus.* De la combinaison de ces deux idées, il nous paraît en résulter que le préteur n'a dû octroyer notre bénéfice que quand il y avait réellement urgence d'y recourir, c'est-à-dire que d'un côté l'insolvabilité de l'héritier était bien constatée et que de l'autre les créanciers étaient à la veille de perdre dans son entier et sans retour l'objet de leur gage. Or,

à quel moment pouvait-on, en Droit romain, constater cumulativement ces deux points, si ce n'est quand les biens du débiteur étaient sous le coup de poursuites en expropriation forcée ?

Tel a été le caractère général des *separationes bonorum ;* dans tous ces divers cas, la demande en séparation est forcément incidente, et l'exercice de ce bénéfice est subordonné à une *missio in possessionem*. Toutefois il est probable que *l'heres necessarius* pouvait former directement et sans aucun précédent une demande en séparation. Il pouvait prendre lui-même l'initiative, sans être tenu d'attendre les poursuites des créanciers, puisqu'il n'avait pour agir en séparation que le délai de cinq ans. (f. 1 § 13, n. t.) D'ailleurs quel autre droit aurait-il invoqué et qui aurait-il appelé devant le préteur? Mais sauf ce cas, nous croyons que la *separatio bonorum* ne pouvait former l'objet d'une demande principale. Ce caractère s'est maintenu sans altération jusqu'aux dernières époques de la législation romaine. Nous le verrons disparaître dans l'ancien Droit. D'incidente, la séparation de biens y deviendra principale, puisqu'elle ne sera plus liée à une *missio in possessionem*. Nous l'y verrons aussi restreinte au cas unique de créanciers d'une succession acceptée par un héritier insolvable. Déjà en Droit romain c'était là l'application la plus fréquente et la plus heureuse du principe de séparation, c'était le cas normal qui a été peut-être la source de tous les autres et qui devait seul leur

survivre dans les législations modernes. Aussi dans tout ce qui va suivre, n'envisagerons-nous la *separatio bonorum* qu'en tant qu'elle a pour but de protéger les créanciers d'une succession contre les conséquences de l'insolvabilité de l'héritier.

CHAPITRE II

DES SUJETS ACTIFS ET PASSIFS DE LA SEPARATIO BONORUM

§ 1. — *Sujets actifs.*

Qui peut demander la *separatio bonorum?* Tout créancier d'une succession, et par là nous entendons les créanciers du défunt et ses légataires. (f. 1 § 1, f. 6., pr., n. t.)

Aucun doute ne peut s'élever pour les créanciers d'une succession ordinaire. Mais de grandes difficultés surgissent, lorsqu'on veut rechercher si la *separatio bonorum* n'existait pas aussi dans les divers cas de *successio in universum jus*. Les textes gardent sur ce point le silence le plus complet. Nous oserons cependant hasarder quelques conjectures.

Ainsi la *separatio* était-elle accordée aux créanciers du défunt à l'encontre de ceux du *bonorum pessessor?* La *bonorum possessio,* quoique ne conférant au *bonorum possessior* que l'*in bonis* et ne faisant de lui qu'un simple successeur aux biens (*loco*

heredis) plutôt qu'un continuateur juridique de la personne du défunt, (*heres*), comprenait cependant, comme *l'hereditas,* l'ensemble de l'actif et du passif héréditaires (f. 1, 3 pr., *de bon. poss. lib.* 37, *t.* 1). Une fois acceptée, elle emportait donc obligation de payer les dettes au delà de l'actif. (*) Toutes les actions que pouvait exercer l'héritier ou qui lui étaient opposables, le *bonorum possessior* les exerçait ou les souffrait sous la forme d'actions utiles, appelées aussi *fictitiæ,* parce que la formule supposait expressément au *bonorum possessor*, soit demandeur soit défendeur, la qualité d'héritier et ordonnait au *judex* de statuer comme si elle lui appartenait effectivement. (Gaii Co. 4, § 34) Mais, sauf cette différence dans la nature de la propriété et des actions, nous croyons qu'au point de vue des effets de la transmission des biens, on assimilait le *bonorum possessor* et l'héritier du Droit civil, notamment en accordant aux créanciers du *de cujus* la séparation contre ceux du *bonorum possessor* insolvable.

Mais il ne saurait être question de *separatio bonorum* dans l'acquisition *per universitatem* qui résulte de l'adrogation. Si dans ce cas les dettes contractuelles de l'adrogé s'éteignent comme conséquence de la *capitis diminutio* qu'il éprouve, le

* Voyez sur ce point M. Massol : De la règle *Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest, en dr. r. et en dr. fr.*

préteur, justement ému d'un résultat si inique pour ses créanciers, les fait revivre sans forme d'actions utiles données contre l'adrogé (Gaii Co. 3, § 84), *rescissa capitis diminutione*. L'effet de ces actions est d'obliger l'adrogeant à défendre l'adrogé, c'est-à-dire à figurer lui-même comme partie à la *litis contestatio* et à fournir la caution *judicatum solvi*: sinon le magistrat autorise les créanciers à prendre possession du patrimoine de l'adrogé et à le vendre comme s'il n'avait pas cessé de lui appartenir. Dès lors les créanciers de l'adrogeant, qui n'ont de droits sur les biens de l'adrogé qu'autant que l'adrogation est maintenue, ne peuvent concourir sur ces biens avec les créanciers de l'adrogé vis-à-vis desquels l'adrogation est comme non-avenue. Ici donc il ne peut pas s'agir de *separatio bonorum*.

Il en serait de même dans la *conventio in manum*, mode de transmission *per universitatem* dans le cas où elle s'applique à une femme *sui juris*. En général la *manus* et l'adrogation envisagées dans leurs effets quant au patrimoine, sont régies par des règles analogues : aussi Gaii (Co. 3, § 84) a-t-il pu les confondre dans une seule et même explication.

Il ne saurait être question d'accorder la *separatio* à l'esclave qui obtient la *bonorum addictio libertatum conservandarum causa*, attendu que l'esclave qui en profite ne peut pas avoir de patrimoine.

Enfin si, nous plaçant dans l'hypothèse d'une *bonorum venditio,* nous supposons le *bonorum emptor* en état d'insolvabilité et ses créanciers personnels envoyés en possession de ses biens, les créanciers vendeurs, qui n'auront pas touché leur dividende, ne seront pas recevables à réclamer la séparation du patrimoine vendu, de celui du *bonorum emptor*, car on ne retrouve pas dans ce cas la principale raison d'être de notre bénéfice, à savoir : qu'il serait injuste de faire subir aux créanciers d'une succession l'état de l'insolvabilité d'une personne qu'ils n'ont pas choisie et qu'une volonté étrangère leur suscite comme débitrice. En effet, dans notre hypothèse les créanciers eux-mêmes ont demandé la *bonorum venditio ;* c'est donc par leur fait qu'ils ont de nouveau pour débiteur un insolvable. Qu'ils se contentent donc de concourir au marc le franc avec les autres créanciers du *bonorum emptor,* sur le prix provenant de la vente du patrimoine de ce dernier.

A. — *Créanciers du défunt.* — Le f. 1 § 1, n. t. leur reconnaît expressément le droit de réclamer la *bonorum separatio.*

En est-il de même pour les créanciers de l'héritier ? A ne consulter que leur intérêt, l'affirmative est certaine, car la confusion des patrimoines produit aussi ses conséquences à leur égard. En effet, tant que les biens de la succession sont confondus avec ceux de leur débiteur, ils peuvent exercer leurs droits sur les biens de l'hérédité,

puisque tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Or la succession est-elle riche, la confusion leur offre mille avantages, puisque la fortune de leur débiteur augmente. Mais la succession est-elle obérée, c'est-à-dire le *de cujus* est-il insolvable, tandis que l'héritier est solvable, ils courent le risque de perdre une partie de leurs créances par suite du concours des créanciers de la successsion sur les biens de l'héritier, le patrimoine de ce dernier pouvant être insuffisant pour payer intégralement ses dettes et celles du défunt. Les créanciers personnels de l'héritier auraient donc intérêt à demander la *separatio bonorum*. Toutefois Ulpien dans le f. 1 § 2, n. t. leur refuse formellement ce droit.

Nous croyons cette décision très sage et très rationnelle. D'une part en effet, les créanciers personnels conservent toujours le débiteur qu'ils ont choisi ; il ne s'agit pas, en ce qui les concerne, comme à l'égard des créanciers héréditaires, d'un débiteur nouveau qui leur est imposé à la place du débiteur de leur choix. La nécessité de protéger les créanciers de l'héritier contre les conséquences de l'événement qui rend cette protection indispensable aux créanciers héréditaires n'existe donc pas. D'autre part, l'existence de dettes antérieures ne prive pas, en Droit commun, le débiteur de la faculté d'en contracter de nouvelles (*nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*) S'il peut toujours augmenter

le nombre de ses créanciers particuliers, il peut aussi, en acceptant une succession onéreuse, faire siens les créanciers du défunt auquel il succède, sans que ses créanciers particuliers puissent le trouver mauvais. Tant pis pour eux, s'ils ont contracté avec un individu assez imprudent pour accepter une pareille succession, *sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt,* f. 1 § 5, n. t.

Mais est-ce à dire que les créanciers de l'héritier soient absolument désarmés contre la mauvaise foi d'un héritier qui n'aurait accepté une succession notoirement insolvable que dans l'intention de leur nuire? C'est là une hypothèse qui n'a pas échappé à Ulpien, et le f 1 § 5 s'y réfère. Le jurisconsulte y suppose qu'un héritier a fait adition d'une hérédité en fraude des droits de ses créanciers : *quœsitum est,* dit-il, *an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum,* répond-il ; *sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt.* Mais aussitôt après, voici la restriction qu'il apporte à sa décision : *nisi extra ordinem putamus prœtorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est; quod non facile admissum est.* Il est donc certain que le préteur pourra venir *extra ordinem* au secours des créanciers personnels de l'héritier lésés par l'adition frauduleuse qu'il a été faite.

Malheureusement le jurisconsulte ne précise pas la nature du secours qui peut en ce cas être

porté aux victimes de la fraude, et ce qu'il ne fait pas, les commentateurs ont cherché à le faire, mais sans pouvoir se mettre d'accord entre eux.

Selon les uns il s'agirait d'une véritable *separatio bonorum* exceptionnellement accordée aux créanciers de l'héritier (sic Mackeldey, *Manuel du d. Ro., part. spéc., p. 424 et 425, note* 1). Mais cette interprétation est repoussée par ces expressions du texte, *nullum remedium est proditum,* qui indiquent bien une solution négative à la question de savoir si les créanciers de l'héritier lésés par une adition frauduleuse, sont recevables à invoquer la *separatio bonorum.*

D'après d'autres, et nous sommes de leur avis, le jurisconsulte ferait allusion au Droit plus général de révocation des actes frauduleux de nature à préjudicier aux créanciers, droit qui s'exercerait alors au moyen de l'action Paulienne (sic Dollinger, rev. crit., t. 13, de la sép. des patr., p. 142 ; — Accarias, t. 1, n° 351, p. 839). Il est en effet de principe que les créanciers peuvent faire révoquer tout acte, à titre gratuit ou onéreux, par lequel leur débiteur a frauduleusement diminué son patrimoine (f. 1 § 2, f. 3 pr., f. 6 pr., *quæ in fr. credit.*) Or l'acceptation d'une hérédité mauvaise est un acte très propre à léser leurs droits et à diminuer réellement leur gage, puisqu'il appelle à le partager un plus grand nombre de personnes. Voilà pourquoi elle doit donner lieu à l'action Paulienne. Pour nous, les expressions *nul-*

lum remedium est proditum, n'ont pas la portée générale qu'elles paraissent avoir tout d'abord ; elles se bornent seulement à dénier la *separatio* aux créanciers de l'héritier. Le reste du texte se réfère à l'action Paulienne, et ses derniers mots (*quod non facile admissum est*) font allusion à la difficulté qu'il y a pour les créanciers d'établir les conditions dans lesquelles cette action ne peut réussir, « n'y ayant rien, disait Lebrun dans notre ancien Droit, de plus naturel et de moins suspect, que de se porter héritier d'un défunt dont la succession est déférée par la coutume. » (Lebrun, Succ, liv. 4, ch. 2, sect. 1, n° 20).

En résumé les créanciers de l'héritier ne peuvent pas demander la *separatio bonorum ;* si le f. 1 § 6 *in fine* l'accorde exceptionnellement aux créanciers du fiduciaire qui néglige de s'en prévaloir, c'est qu'ici il n'est pas possible de leur objecter qu'ils souffrent de la faute de celui en qui ils ont eu confiance. Ce bénéfice ne compète donc qu'aux créanciers du défunt.

Pour être créancier du défunt, il faut pouvoir recourir à une action, et cela du chef du défunt lui-même et non pas du chef de l'héritier. Il ne suffirait pas d'avoir une créance fondée sur un lieu de Droit purement naturel (f. 10, *de verb. signif.*). Peu importe d'ailleurs que l'action dérive du Droit civil ou du Droit honoraire, ou bien qu'elle ne soit concédée qu'*extra ordinem.* Mais il ne faut pas qu'elle puisse être écartée par une exception

perpétuelle, et cela parce qu'à ne regarder que le résultat pratique, celui qui a une action condamnée à ne jamais aboutir, est tout aussi dépourvu de droit que celui qui n'a pas d'action du tout (f. 112, *de reg. juris*).

Pourtant, si la créance de celui qui réclame la *separatio* doit être munie d'une action, il n'est pas nécessaire que cette action ait pu être intentée contre le défunt. Aussi rangerons-nous parmi les créanciers héréditaires, certains créanciers qui ont des droits à prétendre sur la succession du défunt, quoiqu'ils n'aient pas pu l'actionner lui-même de son vivant : *hæreditarium œs alienum intelligitur,* dit le f. 7, *de reb. auct. jud. possid., etiam id de quo cum defuncto agi non potuit.* Supposons par exemple, que le défunt ait été débiteur principal d'une dette cautionnée par un fidéjusseur qui a été obligé de payer à son décès. Le fidéjusseur pourra demander la séparation. Même droit pour celui à qui le défunt aurait promis de donner au moment de sa mort, *quum moreretur* (Gaii Co. 3, § 100).

Moyennant les conditions dont nous venons de parler, la *separatio* appartient à tout créancier du défunt, qu'il soit chirographaire ou hypothécaire, investi d'un *privilegium exigendi inter personales actiones* ou d'une hypothèque privilégiée. Il est surtout avantageux aux créanciers chirographaires et aux créanciers ayant un simple *privilegium*, car par là ils priment même ceux auxquels l'héritier a donné un droit d'hypothèque sur les biens

héréditaires, f. 1, § 3, n. 1.

Mais quel intérêt les créanciers hypothécaires ont-ils à demander la *separatio* ? Par leur hypothèque, n'ont-ils pas déjà un droit de préférence? C'est que leur hypothèque peut être spéciale, et par conséquent insuffisante pour assurer leur remboursement; dans ce cas, leur intérêt est d'éviter tout concours des créanciers de l'héritier sur les biens du défunt que leur hypothèque n'atteint pas. Si elle est générale, il est important pour eux d'éviter la confusion des biens, notamment des meubles du défunt avec ceux de l'héritier, car elle opérerait une extinction matérielle et forcée de leur droit d'hypothèque. Dans la législation romaine, où les meubles peuvent être hypothéqués, cet intérêt est considérable (sic Voët, *loc. cit.*, p. 201, § 2).

Le créancier du défunt, devenu son héritier, peut-il demander la séparation ? Evidemment non, s'il est seul et unique héritier du *de cujus*, car sa créance se trouve complètement éteinte par confusion. Mais s'il n'a hérité que pour partie, parce qu'il a d'autres co-héritiers, alors la confusion n'étant que partielle et limitée à sa part dans le passif, il reste pour le surplus créancier héréditaire. Dès lors rien ne s'oppose à ce qu'il puisse dans cette mesure demander la séparation des biens du défunt contre les créanciers de ses co-héritiers insolvables. Telle est la décision rationnelle donnée par une Constitution des empereurs Dioclétien et

Maximien. (Const. 7, C., *de bonis auct. jud.*)

La demande en séparation est recevable, sans distinguer si l'héritier a recueilli immédiatement la succession au moyen d'une institution directe ou médiatement grâce à une substitution pupillaire. Aussi un père meurt laissant pour héritier un fils impubère et lui ayant donné un substitué pupillaire : bientôt le fils qui a recueilli sa succession, le suit dans la tombe ; il y a alors deux successions : 1° celle du *paterfamilias* testateur ; 2° celle de l'impubère. Le substitué pupillaire acquiert ces deux hérédités auxquelles vient s'ajouter, pour se confondre avec elles, son propre patrimoine. Mais ce substitué se trouvant insolvable, ses biens sont vendus : dans ce cas Ulpien au f. 1 §7, n. t., décide que les créanciers du *paterfamilias* testateur ont la faculté de demander à leur profit la séparation du patrimoine du défunt d'avec ceux : 1° de l'impubère ; 2° du substitué. Le jurisconsulte ajoute que les créanciers de l'impubère peuvent en faire autant à l'encontre de ceux du substitué, mais sans qu'il leur soit permis de s'en prévaloir à l'encontre de ceux du père, pas plus que les créanciers du substitué contre les créanciers du fils.

Et par extension, le droit des créanciers héréditaires subsiste, malgré la complication qui résulte de ce que la succession est passée successivement entre les mains de plusieurs héritiers, sans que les créanciers de ces divers héritiers aient été désintéressés. Les créanciers de chacun d'eux con-

servent le droit d'obtenir la séparation, pourvu, bien entendu, qu'aucune cause de déchéance n'y fasse obstacle ; les créanciers du défunt contre tous les autres, ceux du premier héritier contre ceux du second et du troisième, ceux du second contre ceux du troisième, etc. En d'autres termes, la séparation peut toujours être utilement réclamée en descendant, jamais en remontant, (f. 1, § 8, n. t.)

Reste à examiner une décision de Papinien, insérée au f. 3, pr., n. t. Voici l'hypothèse prévue : Un créancier *Primus* a un débiteur, *Secundus*, dont la dette est garantie par *Tertius* fidéjusseur. *Tertius* institue *Secundus* pour son héritier et meurt, *Secundus* recueille sa succession, en d'autres termes le débiteur principal succède à la caution. *Secundus* étant au-dessous de ses affaires, subit la *bonorum venditio* : le créancier *Primus* pourra-t-il faire séparer les biens de la caution de ceux du débiteur héritier ? Son intérêt est évident : avec la *separatio*, les biens du fidéjusseur qui était solvable lui assurent le remboursement de la totalité de sa créance ; sans la séparation au contraire, il court le risque d'en perdre une partie, par suite du concours des créanciers du débiteur principal. Papinien décide que la séparation des biens de la caution peut être demandée par le créancier *Primus*, *sive solus sit hereditarius creditor*, *sive plures*.

D'abord nous ne voyons pas trop l'utilité de cette remarque, car la question est uniquement

de savoir si le créancier peut, au moyen de la *separatio bonorum*, empêcher la confusion sur la tête de l'héritier *Secundus* de la dette accessoire et de la dette principale, et conserver ainsi sa qualité de créancier du défunt. Si oui, il peut toujours s'en prévaloir ; si non, il ne pourra pas plus y recourir, qu'il soit seul créancier héréditaire ou qu'il y en ait plusieurs, et la séparation accordée à ceux-ci ne lui sera d'aucune utilité.

De plus, il est à remarquer que la décision de Papinien constitue une dérogation notable aux principes du Droit romain sur la confusion. Conformément à ces principes, la fidéjussion a dû disparaître dans l'espèce pour ne laisser survivre que l'obligation principale, celle du débiteur, en vertu de cette règle exprimée au f. 93, § 2, *de solut. et liberat.*, que quand deux obligations d'une nature différente, l'une principale, l'autre accessoire, convergent sur le même individu, la première a la puissance d'absorber la seconde. La créance résultant de la fidéjussion est donc éteinte par confusion. Il est vrai que le f. 93, § 3, *eod.*, mentionne l'existence d'une controverse sur ce point, entre Sabinus et Proculus : contrairement à l'opinion de Sabinus, Proculus repoussait l'extinction de la fidéjussion dans notre hypothèse, c'est-à-dire dans le cas où le débiteur principal héritait du fidéjusseur. A l'inverse, il était unanimement admis que, si le fidéjusseur succédait au débiteur principal, l'obligation fidéjussoire se trouvait éteinte par con-

fusion ; (il faut en effet retrancher du § 2 du f. 93, la négation qui s'y trouve pour la transporter au § 1, où elle fait précisément défaut, tandis qu'elle y serait désirable). Mais on n'aperçoit aucune raison de distinguer entre l'un et l'autre cas, car dans tous les deux il y a réunion sur la même tête des deux qualités incompatibles de fidéjusseur et de débiteur principal, et par suite la confusion doit toujours se produire.

Aussi l'opinion de Sabinus dût-elle l'emporter, comme le prouve la manière dont Scœvola, au f. 93, § 3 rapporte la controverse : *Quid ergo si fidejussor reum heredem seripserit ? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat.* Elle devait prévaloir au temps de Papinien, qui expose dans notre texte la doctrine Sabinienne sans restriction, *quamvis obligatio fidejussionis extincta sit* (*nec obstat f.* 21 § 2, *de fidej. et Maud.* — *adde f.* 95, § 3, *de solut.*)

Si donc l'obligation accessoire est éteinte, comment se fait-il que le créancier puisse obtenir la *separatio bonorum* ? Ne faut-il pas, pour cela, être créancier du défunt ? Or, il ne l'est plus, puisque le défunt ici était le fidéjusseur et que son obligation a disparu, absorbée par l'obligation principale. Celle-ci subsistant seule, il n'a plus que la qualité de créancier de l'héritier, qualité qui exclut absolument toute idée de *separatio*. Aussi croyons-nous qu'on ne saurait fournir une raison juridique de cette décision de Papinien,

qui a précisément pour but de corriger les principes rigoureux du droit. A notre sens, c'est un pur motif d'équité qui l'a fait admettre. Le jurisconsulte a voulu écarter le préjudice résultant pour le créancier de la confusion, en lui permettant de faire disparaître la cause de ce préjudice par la *separatio*. Papinien le reconnaît lui-même, car loin de motiver sa décision en droit, il la fonde sur des motifs tirés de l'équité : Car, dit-il, la règle de droit, qui fait disparaître la fidéjussion à raison de ce que l'obligation principale est plus considérable, ne doit pas constituer en perte un créancier qui avait été prévoyant pour ses intérêts (*neque enim ratio juris quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat*). En exigeant une caution du débiteur, le créancier a pris à son égard toutes ses sûretés, et il serait inique de faire tourner contre lui cette circonstance que l'obligation principale et l'obligation accessoire se sont réunies sur la même tête pour se confondre, circonstance qu'il ne pouvait nullement prévoir ni éviter. Il faut donc qu'il puisse, à titre de créancier du fidéjusseur, demander que le patrimoine de ce dernier soit séparé de celui du débiteur principal. Le préteur, sans s'arrêter à la *ratio juris*, avait déjà admis la *separatio bonorum* comme un remède aux conséquences désastreuses de la confusion des patrimoines produite par l'adition d'hérédité.

Papinien, dans l'espèce, ne fait que suivre la même idée et se conformer au but de l'institution.

Au surplus, ce n'est pas là le seul exemple de cette réaction de l'équité contre la rigueur des effets ordinaires de la confusion. C'est ainsi que, malgré l'anéantissement de la fidéjussion, le *pignus* donné par une caution subsiste, f. 38, § 5, *de solut. et liberat.* Mais pourquoi la jurisprudence romaine n'alla-t-elle pas plus loin ? pourquoi faut-il voir le même texte décider que la ruine de la fidéjussion entraîne la libération du sous-fidéjusseur ? N'est-ce pas là une solution trop logique et trop rigoureuse ? Au lieu de dire que le sous-fidéjusseur n'a garanti que la fidéjussion, ne valait-il pas mieux dire qu'il a voulu garantir et la fidéjussion et l'obligation principale ? Celle-ci subsistant, l'autre devait aussi subsister. Aussi notre Droit français a-t-il fait justice de cette subtilité du Droit romain, et l'article 2035 du Code civil n'est autre chose que la condamnation formelle de l'opinion exprimée par Africain au f. 38, § 5, *de solut.* (En ce sens M. Massol, Cours des Pandectes.)

Papinien, après avoir accordé la *separatio* au créancier du fidéjusseur décédé, ajoute au § 1 du même texte que, si ce créancier n'est pas désintéressé complètement sur le prix provenant de la vente des biens du *de cujus*, il aura le droit de concourir au marc le franc avec les créanciers personnels du débiteur principal, pour toute la

somme que la succession n'aura pas pu lui donner. Cette solution n'est pas en harmonie avec la règle posée par Papinien lui-même au § 3 du même fragment, selon laquelle le créancier séparatiste ordinaire, qui n'obtient pas entière satisfaction avec les biens du défunt, ne peut agir sur les biens particuliers de l'héritier que subsidiairement, c'est-à-dire sur ce qui en reste après ses dettes payées. Cette différence de solution s'explique par la diversité d'hypothèses prévues dans les deux textes. Dans le § 2, il y a deux débiteurs, le défunt et l'héritier, tandis que dans le § 3 il n'en existe qu'un seul, le *de cujus*. Le créancier du fidéjusseur décédé, en réclamant la *separatio*, a empêché la confusion, et par suite, il peut venir sur la succession du défunt à titre de séparatiste, sur les biens de l'héritier à titre de créancier de ce dernier (*sic Pothier, ad Pand, de separ., n° 18*).

Voici d'ailleurs comment Papinien motive sa décision : c'est que si le débiteur principal n'avait pas accepté la succession du fidéjusseur, le créancier, après la vente des biens insuffisants de ce dernier, aurait pu se retourner contre son débiteur principal et concourir avec ses créanciers et sur ses propres biens pour obtenir ce qui lui est encore dû.

De ce raisonnement résultent deux conséquences importantes. La première, c'est que le créancier est parfaitement libre de s'attaquer tout

d'abord au fidéjusseur avant d'exercer aucune poursuite contre le débiteur principal. Deux constitutions, en effet, Co. 2 et 5, *de fidej.*, 8, 41, consacrent d'une manière irrécusable ce droit en faveur du créancier. Mais il en fut privé par l'introduction ou plutôt par le rétablissement, sous Justinien, du bénéfice de discussion (*Coll. 1, nov. 4, prefatio et cap. 1*, en 539 de J.-C.), en vertu duquel le fidéjusseur, attaqué par le créancier, put le renvoyer à la discussion préalable du débiteur principal, sauf à revenir ensuite contre lui, s'il y avait défaut absolu ou partiel de solvabilité de ce débiteur. A partir de cette époque, la décision de Papinien ne fut plus, à ce point de vue, en harmonie avec la législation de Justinien. — La seconde conséquence, c'est que le choix consommé par le créancier, qui a essayé de se faire payer *in solidum* sur les biens du fidéjusseur, en se présentant au concours ouvert sur ces biens, n'a pas épuisé son droit ultérieur d'agir contre le *reus* pour le restant de la dette. A cet égard on a fait remarquer que, si dans le droit de Justinien la poursuite intentée ni même la condamnation obtenue contre l'un des fidéjusseurs ou le débiteur principal, n'a la vertu de libérer les autres (Co. 28, *de fidej.*), un pareil résultat est impossible dans le droit classique et notamment sous Papinien, contemporain de Septime Sévère, car alors il est de règle que : *Electo reo principali, fidejusor vel heres ejus liberatur.* (*Pauli Sent. lib.* II, *t.* XVII, § 16). Dès que le créan-

cier a obtenu une formule d'action contre l'un des obligés, qu'il soit débiteur principal ou fidéjusseur, son droit contre l'autre se trouve épuisé jusqu'à concurrence du contenu de la formule : c'est là une conséquence de l'effet extinctif produit par la *litis contestatio*. Comment donc se fait-il que le créancier qui, dans notre hypothèse a poursuivi *in solidum* le fidéjusseur, puisse actionner ensuite le *reus* pour le *reliquat* ? Evidemment a-t-on dit, le texte a été, comme tant d'autres, remanié par Tribonien et ses collaborateurs.

Mais il suffit de le lire attentivement pour se convaincre du contraire. Rien ne prouve cette altération, car rien ne fait supposer que dans l'espèce, une *litis contestatio* se soit produite entre le créancier et le fidéjusseur. Le juriscousulte ne nous dit pas qu'une action a été directement intentée par l'un contre l'autre, il se borne à constater que le créancier a essayé de se faire payer sur les biens de la caution, en se présentant au concours ouvert sur la vente de ces biens : *sed cum stiputator iste, non adita fidejussoris a reo hereditate, bonis fidejussoris venditis, ni residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit : ratio non patitur eum in proposito summoveri*. Or cette vente a dû avoir lieu après une *missio in possessionem* en vertu du décret du préteur : rien n'indique donc qu'il y ait eu *litis contestatio*. Dès lors il est inutile de supposer une interpolation pour mettre d'accord Papinien avec des principes qui n'ont rien à faire dans la question.

B. — *Légataires.* — Non-seulement les créanciers du *de cujus*, mais encore ses légataires ont droit à la *separatio bonorum*, f. 4, § 1 — f. 6, n. t. Seulement il résulte de ces deux textes que, si ce bénéfice les garantit du concours des créanciers légataires de l'héritier, il ne leur assure pas l'acquittement de leurs legs. Ils ne sont payés en effet qu'autant que les créanciers de l'hérédité l'ont été avant eux, les legs n'étant dûs qu'après le paiement des dettes : ils sont payés sur ce qui reste, en entier, si les biens le permettent, sinon ils touchent un dividende.

Si les créanciers du défunt ont à ce point de vue une situation plus favorable que les légataires, ceux-ci de leur côté sont mieux traités qu'eux, sous d'autres rapports. Ainsi Justinien leur accorde une hypothèque tacite spéciale sur les biens de la succession (Const. 1, C., comm. *de leg. et fideic.*) : l'action hypothécaire qui en résulte ne s'exerce contre chacun des héritiers débiteurs du legs que pour la part dont il est personnellement tenu, c'est-à-dire pour sa part héréditaire.

Cette hypothèque a à côté de la *separatio bonorum* son utilité particulière ; elle confère aux légataires un droit de suite contre les tiers détenteurs des choses héréditaires aliénées même sans fraude par l'héritier *medio tempore*, c'est-à-dire dans l'intervalle de l'adition à la séparation, tandis que les séparatistes, privés de ce droit de suite, sont obligés, comme nous le verrons plus tard, de respec-

ter de pareils actes (f. 2, n. t.) De plus l'hypothèque échappe aux causes d'extinction spéciale qui atteignent la *separatio bonorum*. Une remarque importante à faire, c'est que rien dans les textes sur cette grande matière ne montre que l'hypothèque des légataires et la séparation de biens aient été considérés comme ne formant qu'une seule et même garantie, elles paraissent au contraire avoir toujours été regardées comme deux garanties parfaitement distinctes.

Pourquoi la *separatio bonorum* a-t-elle été accordée aux légataires ? C'est que les biens de la succession forment, à l'encontre des créanciers de l'héritier, le gage spécial de ceux qui tiennent leurs droits du défunt, or si les légataires ne sont pas créanciers du *de cujus* en ce sens que ce dernier ne leur a jamais rien dû personnellement pendant sa vie, il n'en est pas moins incontestable que le décès du testateur a fixé définitivement leur droit aux legs et que dès ce moment ils ont eu, de par la volonté du défunt, des droits sur sa succession, dont ils sont devenus ainsi les véritables créanciers. Et c'est à ce titre que le bénéfice de séparation leur compète.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que des créanciers dont le titre est actuellement exigible, de ceux qui peuvent agir de suite et obtenir leur paiement sans délais. Mais que décider à l'égard des créanciers et légataires à terme ou conditionnels ? ont-ils droit à la *separatio bonorum* ? Pour plus de clarté,

nous dédoublerons la question en l'envisageant successivement au point de vue des créanciers et des légataires.

1° *Créanciers à terme ou conditionnels.* — Plaçons-nous avant l'arrivée du terme ou de la condition. Peuvent-ils, *pendente die vel conditione*, demander la séparation des biens du défunt de ceux de son héritier ? Pour nous qui regardons la *missio in possessionem* comme le préliminaire indispensable de ce bénéfice, cette question suppose résolue celle de savoir si un créancier à terme ou conditionnel peut, *pendente die vel conditione*, se faire envoyer en possession des biens de son débiteur éventuel. Or l'antinomie qui existe à ce sujet entre deux textes de Paul, les ff. 6 pr. — 14 § 2, *quib. ex caus. in poss. eatur*, rend particulièrement obscure cette question subsidiaire ; et elle est si frappante, que pour certains commentateurs, comme M. Demangeat (Cours de Dr. ro., t. 2, p. 218), elle la rend même insoluble. Mais la plupart des interprètes, considérant que ces deux textes, quoique tirés d'ouvrages différents, l'un d'un commentaire sur l'édit, l'autre des *quæstiones*, émanent du même jurisconsulte et se trouvent placés à peu de distance dans le même titre, ont essayé de prouver que l'antinomie était seulement apparente. Sans entrer dans le détail des nombreuses conciliations qui ont été tentées. (*)

* Voy. sur ce point Cujas *in lib.* XII, *Resp. Papiniani ad leg.* 4, *de*

Nous nous contenterons d'en rapporter une très simple et en même temps très plausible. Avant tout, faisons remarquer que les textes parlent seulement de créanciers conditionnels, aucun doute ne semble donc s'élever pour les créanciers à terme. De plus il nous paraît incontestable que dans le cas où la *missio in possessionem* a été obtenue, la *venditio bonorum* poursuivie par d'autres créanciers purs et simples, les créanciers conditionnels peuvent profiter de la demande faite par ces créanciers, en ce sens que sur le prix de la vente on leur réserve le dividende auquel ils auraient droit *eveniente conditione*. Il faut donc supposer, comme cela paraît d'ailleurs résulter des deux lois précitées, que le créancier conditionnel vient lui-même demander la *missio in possessionem*. Cela posé, nous concilierons les affirmations contradictoires des deux textes en disant que chacun d'eux fait allusion à des envois en possession différents. C'est le dernier membre de phrase du f. 14, § 2, qui nous fournit cet essai de conciliation. Cette loi dispose que le créancier conditionnel *in possessionem non mittitur : quià is mittitur qui potest bona ex edicto vendere*. Il s'agit donc ici d'un envoi en possession

sep., p. 541 et s. ; — *In lib.* 2, *quest. Pauli, lex* 14, *quib. ex caus. in poss. eatur*, p. 979 et s. ; Éd. Fabrot ; — Paccus, *centuria* 7, n° XI, p. 291 ; — Voët, *op. cit. ad tit. quib. ex caus. in poss.*, § 2 ; — Doneau, *op. cit. ad tit. quib. ex caus.*, cap. XI, § 8, p. 20 ; — Fabet, cité par Pothier, *ad Pand. quib. ex caus. in poss.*, n° 3, note 1 ; — Bufnoir, *Theorie de la condition*, p. 293 et s. — Accarias, t. 2, p. 899, note 1.

pour faire vendre les biens du débiteur et pour arriver à l'adjudication, *rei vendendæ causa*. Le créancier conditionnel ne peut pas le demander, car celui-là seul est ainsi envoyé en possession, qui peut vendre ; or il est certain qu'en aucun cas la vente ne peut être provoquée par un créancier conditionnel (pas plus que par un créancier à terme), f. 7 § 14, *quib. ex caus. in poss.;* c'est un acte d'exécution auquel son droit ne lui permet pas évidemment de procéder. Au contraire, dans le f. 6, la formule est toute simple : *In possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit :* il s'agit ici d'une saisie conservatoire, d'un acte parfaitement permis au créancier conditionnel ; le créancier est envoyé en possession des biens de son débiteur *rei servandæ causa*. Cet envoi en possession constitue une simple mesure conservatoire, ne donnant que la détention avec Custodia et le gage prétorien ; mais il ne saurait être question de vente qu'après l'accomplissement de la condition. (En ce sens M. Paget, à son cours)

Cette difficulté écartée, revenons à la question de savoir si les créanciers conditionnels ou à terme peuvent demander la *separatio bonorum*. Sur ce point, aucun doute ne peut s'élever en présence du f. 4 pr., n. t., qui leur accorde ce droit d'une manière positive : *creditoribus, quibus ex die vel suq conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio dabitur, quoniam et*

ipsis cautione communi consuletur.

Que signifient ces derniers mots ? qu'est-ce que cette *cautio communis* ? « *Cautio communis,* lisons-nous dans Cujas (*in lib* XII *Resp. Papinia ad leg.* 4, *de separ.), hoc loco accipitur pro prætorio pignore, quod constituit missio in possessionem, vel pro satisdatione de solvendo debito, cum die venerit, aut conditio exstiterit, vel pro utroque remedio per consequentias, id est, uno trahente aliud et consequente.* » Le grand jurisconsulte conclut en disant que le préteur vient au secours de ces créanciers en leur permettant d'exiger de l'héritier la caution commune, « *id est, cautione solvendæ pecuniæ sua die, qua non præstita consequatur prætorium pignus.* » Et voici pourquoi, toujours d'après Cujas, les intérêts des créanciers conditionnels seront ainsi sauvegardés. Lorsque l'insolvabilité de l'hériter est à craindre, comme c'est le cas dans l'espèce, les créanciers peuvent s'adresser au préteur pour qu'il soit déclaré suspect, (f. 31 pr., *de reb. act. jud.*) et ils y parviennent en prouvant, non pas que l'héritier est d'une moralité douteuse, mais simplement que ses moyens pécuniaires sont insuffisants, (f. 31, § 1, *de reb. auct. jud.*) Le préteur, après avoir examiné l'affaire qui lui est soumise, la juge suivant les circonstances. S'il admet que les créanciers ont raison de considérer l'héritier comme suspect et que sa solvabilité est douteuse, il lui ordonne de fournir caution *pro suo debito reddendo.* « *Si heres cavere recuset*, ajoute Cujas, *pignus prætorium constituitur cum effectu, missis creditoribus in*

possessionem bonorum hereditariorum. At postea ex ordine distractis bonis, atque in hanc rem et finem, ut ostendit hoc loco Papinianus, separatio bonorum postulatur, ut separatim fiat missio, separatim venditio. » Tel serait le droit de tous les créanciers d'une succession acceptée par un héritier suspect, quelle que fût la modalité dont leur créance se trouverait affectée, qu'elle fût conditionnelle ou à terme, ou bien pure et simple et actuellement exigible.

Cette interprétation s'appuie sur la généralité de l'expression *creditores*, employée par le f. 31 pr. et rapprochée du f. 10 *de verb. signific.*, qui classe parmi les créanciers ceux auxquels il est dû sous condition. De plus il est certain que les créanciers à terme ayant une action *bonæ fidei* peuvent demander caution au débiteur (f. 41, *de judiciis et ubi quisque* — f. 38, pr., *pro socio*).

Cependant nous préférons traduire avec Pothier les mots, *cautione communi*, par *missio in possessionem* : « *Hoc accipiendum*, dit-il, *de Missione in possessionem : et sensus est : creditores conditionales mittuntur in possessionem bonorum debitoris, rei servandæ causa, æque ac illis quibus præsens pecunia detur. Ergo a pari his æque ac illis debet indulgeri separatio bonorum. Si prætor curam habet eorum, in causa missionis in possessionem ; quidin habet et in hoc casu ?* » (Pothier, *ad Pand., de separ.*, n° XI en note). Papinien nomme la *missio in possessionem communis cautio*, parce qu'étant toujours accordée

in rem, c'est-à-dire d'une manière collective et se produisant en faveur de tous les créanciers de la succession, lors même que quelques-uns ne l'auraient pas demandée, (f. 12, pr., *de reb. auct. jud. possid.*), *le pignus prætorium* qui en résulte profite aussi à tous, même aux créanciers à terme ou conditionnels. (En ce sens Hureaux, Rev. de Dr. fr. et étr., to. 3. 1846.)

Ayant admis que le créancier conditionnel ou à terme a droit à l'envoi en possession rei servandæ causa qui lui confère notamment le pignus prætorium sur les biens du débiteur éventuel, il est naturel que nous adoptions cette interprétation.

2° *Légataires à terme ou conditionnels.* — Le bénéfice de séparation doit leur être accordé. « Nam ut diximus, in causa separationis bonorum legatarii communerantur creditoribus hereditariis, aut loco eorum habentur. » (Cujas, *ad leg.* 4, *de separat.*)

Ici encore la Loi romaine se montre plus favorable pour les légataires que pour les créanciers, car elle protége les légataires conditionnels ou à terme d'une façon plus efficace que les créanciers dont le droit ne serait pas exigible. En effet, tandis que le f. 31 pr,. *de reb. auct. jud.*, interprété littéralement ne permet pas à ces créanciers d'exiger de l'héritier une caution pro suo debito reddendo, on ne le leur permet, suivant l'interprétation de Cujas, que si l'héritier est suspect, les légataires conditionnels ou à terme au contraire peuvent dans

tous les cas lui demander la *cautio legatorum servandorum causa* (Dig., lib. 36, t. 3).

Pourquoi cette différence ? n'est-elle pas étrange, si l'on considère, d'une part que le légataire conditionnel n'a aucun droit pendente conditione, et d'autre part que le créancier conditionnel a du jour du contrat un droit acquis et transmissible (f. 42, *de oblig. et act.*) ? Cette différence dans la manière dont sont traités les créanciers et les légataires ne peut s'expliquer que par l'importance que les Romains attachaient à l'exécution des testaments, et par cette considération que la loi n'avait pas à protéger les créanciers qui avaient suivi la foi de leur débiteur, lorsqu'ils auraient pu exiger de lui des sûretés particulières.

Si l'héritier refuse de fournir la *cautio legatorum*, le légataire obtiendra du préteur le bénéfice d'une missio in possessionem (f. 5, *ut in poss. legat.*), mais seulement prononcée à titre conservatoire, rei servandæ causa (f. 1, *quib. ex causis in poss. eatur*), qui ne peut jamais servir de juste titre à l'effet d'usucaper (*sic* Accarias, t. 1, p. 927.) Au surplus, cet envoi ne modifiera en rien la situation respective des créanciers par rapport aux légataires ou des légataires entre eux (f. 5, §§§ 2, 3, 4, *ut in poss. leg.*)

§ 2. — *Sujets Passifs.*

Ici il ne s'agit pas de la question de forme qui

sera examinée ci-après, mais seulement de savoir contre qui est dirigé l'effet de la separatio bonorum, contre qui elle est efficace.

C'est contre tous les créanciers de l'héritier, quelque favorables qu'ils soient. Le § 4 du f. 1, n. t., prend soin de dire que la séparation pourra être obtenue etiam adversus fiscum et municipes.

Cette remarque était nécessaire, à cause des nombreuses garanties que le fisc a pour le recouvrement de ses créances personnelles. Les créances du fisc sont, en effet, privilégiées, ce qui leur permet de passer avant les créances chirographaires seulement (f. 21, qui pot. in pign.). Dans la suite, à raison du peu d'efficacité du privilegium, une hypothèque tacite générale fut attachée aux créances du fisc sur les biens de ses administrateurs, sur ceux des contribuables et sur ceux des personnes qui contractaient avec lui (f. 28, de jure fisci; — Co. 1, C., in quib. causis pig., vel hyp., liv. 8, tit. 15.).

Quelques cités jouissaient du même *privilegium* que le fisc sur les biens de leurs débiteurs, mais il fallait que cet avantage leur eût été expressément accordé par l'empereur (f. 10, *ad Municip.*). On voit dans le f. 37, *de reb. auct. jud.*, que la ville d'Antioche jouissait de cette faveur. Les cités qui avaient obtenu cet avantage, pas plus que le fisc, ne pouvaient être préférées sur les biens héréditaires aux créanciers qui obtenaient la *separatio*.

CHAPITRE III

SUR QUELS BIENS ET SOUS QUELLES CONDITIONS PEUT ÊTRE DEMANDÉE LA SEPARATIO.

I

Les créanciers de la succession peuvent exercer le droit vis-à-vis de tout ce que l'héritier acquiert *ex hereditate* (f. 5, n. t. — Gaii, Co. 2, § 155). Par conséquent, la *separatio bonorum* s'applique, non-seulement aux biens qui se trouvaient réellement dans le patrimoine du défunt, mais encore à ceux qui ne s'y trouvaient qu'en germe et qui ont été définitivement acquis dans la suite par l'héritier. Il en serait ainsi, par exemple, dans le cas où un usufruit constitué par le défunt se serait éteint depuis son décès et aurait fait retour à la nue-propriété d'un immeuble dont il était propriétaire.

II

Quant aux conditions nécessaires pour obtenir

la *separatio bonorum*, elles sont au nombre de quatre :

1° Les créanciers de la succession, demandeurs en séparation, doivent être encore dans le délai utile pour se pourvoir. Le délai fixé pour l'exercice de ce bénéfice est de cinq ans et court du jour de l'adition pour l'héritier externe, du jour du décès pour l'*heres necessarius*. Passé ce délai, qui, du reste, s'applique aux immeubles comme aux meubles héréditaires, les créanciers de la succession sont définitivement déchus du droit de demander la séparation (f. 1, § 13, n. t.).

Il semble résulter des expressions employées par ce texte, qu'au début cette demande pouvait être formée dans un délai dont la durée n'était pas préfixe : *Post multum temporis separationem impetrari non posse*. Ce n'est qu'au temps d'Ulpien que cette incertitude paraît avoir cessé.

2° Les créanciers de la succession ne doivent pas avoir accepté *cum eligentis mente* l'héritier pour leur débiteur personnel à la place du défunt, en manifestant d'une manière quelconque qu'ils entendaient suivre sa foi et se contenter de son obligation.

Mais quand peut-on dire que les créanciers de la succession ont accepté ainsi l'héritier pour débiteur, et quand par conséquent le droit à la séparation sera-t-il perdu pour eux? Reportons-nous au § 10 du f. 1, n. t, où Ulpien accorde la *separatio bonorum* aux créanciers : *Qui non novandi animo ab herede stipulati sunt*.

Il est certain que le jurisconsulte a eu en vue par ces mots une véritable novation. Reste à savoir s'il faut absolument que l'acte intervenu entre l'héritier et les créanciers constitue une novation proprement dite pour être un mode d'extinction de la *separatio bonorum* Si nous adoptons l'affirmative, il faudra nécessairement exiger, sous Justinien, que les parties déclarent d'une manière expresse (*verbis exprimatur*) leur intention de nover (*animus novandi*), puisqu'à cette époque il n'y a pas novation sans cette déclaration (Const. 8, C., *de novat.*).

Nous croyons qu'il n'a jamais fallu une véritable novation pour rendre le créancier d'une succession irrecevable en sa demande. Il y a, dans le Droit de Justinien comme à l'époque classique, une cause de déchéance toute spéciale à notre matière, c'est, comme nous l'avons déjà dit, l'acceptation *cum eligentis mente* de l'héritier pour débiteur personnel à la place du défunt. C'est cette intention qu'il faut considérer chez le créancier plutôt que l'acte juridique intervenu ; dès qu'elle est reconnue (*si cum hoc animo secuti sunt,* f. 1, § 10, n. t.), le droit à la *separatio bonorum* est éteint, peu importe qu'il y ait eu ou non une novation véritable.

En envisageant la question à ce point de vue, il est facile de comprendre que l'innovation de la Constitution 8, *de novat.*, n'a rien à faire dans notre matière, puisque la *separatio* est perdue, non pas à raison de la novation, mais bien de la *mens eligendi,* et celle-ci peut exister en l'absence de

toute intention de nover.

Reste à justifier cette solution : les preuves ne manquent pas. Le § 10 du f. 1, malgré l'expression *animo novandi,* milite en notre faveur : les mots *secuti nomen heredis* et *qui quodammodo eum elegerunt* démontrent bien que dans l'esprit d'Ulpien la déchéance du bénéfice de séparation devra être encourue toutes les fois que, d'une façon ou d'une autre, le créancier aura fait avec l'héritier un acte emportant l'intention de l'accepter pour débiteur. Le § 15 du f. 1, n. t. pose ce principe : *Neque enim ferendus est qui qualiter qualiter, eligentis tamen mente, heredis personam secutus est.* Nous pouvons encore invoquer le f. 7, *de sep.*, duquel il résulte que les jurisconsultes romains ne rangeaient pas au nombre des actes d'élection celui par lequel le créancier poursuit contre l'héritier le paiement de ce qui lui était dû, car il n'y a pas de sa part intention de suivre la foi de l'héritier. Le créancier n'est pas libre de prendre une autre voie, c'est la force des choses qui l'oblige d'agir ainsi (*ex necessitate hoc fecit*), puisque l'héritier étant le seul représentant de la succession, c'est à lui qu'il faut nécessairement s'adresser, soit pour obtenir le paiement de sa créance, soit pour arrêter ou empêcher la prescription de son droit d'agir (Inst. liv. 4, tit. 12). Il est donc impossible de voir, dans une pareille poursuite, l'intention de l'accepter pour débiteur (*necessitas electionem et consensum non habet*, f. 18, *de adim. vel transf. leg.*). Mais, s'il en est ainsi, c'est

que la nature du fait n'a lui-même qu'une importance secondaire, c'est qu'il faut s'attacher surtout à l'intention. Le f. 1, § 10, *in fine*, relatif à la réclamation d'intérêts de sommes dues par l'auteur de l'héritier, nous fournit encore un nouvel argument, car il ne parle pas d'une demande quelconque d'intérêts, mais de celle qui est faite *mente eligendi*. C'est le préteur qui examinera si la *mens eligendi* résulte suffisamment des faits de la cause pour faire perdre au créancier le droit d'invoquer la *separatio*.

Les textes citent encore, comme causes d'extinction de ce bénéfice, la réception d'un gage ou d'un fidéjusseur (f. 1, §§ 15 et 11, n. t.). Dans cette hypothèse, les créanciers du *de cujus* doivent subir la conséquence de l'acceptation qu'ils ont faite de l'héritier pour leur débiteur. Si donc le fidéjusseur dont les créanciers ont réclamé la garantie se trouve insolvable, ils supporteront les risques qu'ils ont volontairement courus, car ils doivent se reprocher à eux-mêmes de n'avoir pas eu recours aux garanties que le Droit prétorien leur offrait par la *separatio bonorum*.

3° Il faut que les choses soient encore entières : cela signifie que les créanciers ne sont plus recevables à demander la *separatio bonorum* quand l'héritier a vendu la succession, si la demende a été faite par lui de bonne foi et antérieurement à la demande faite au préteur ou plutôt avant le décret qui la suivra En effet, jusqu'à ce moment, l'héri-

tier reste pleinement investi de la qualité de seul et véritable représentant juridique de la personne du défunt, l'adition lui a confié la propriété complète des biens héréditaires, et elle produit ses effets même vis-à-vis des créanciers de la succession comme vis-à-vis de tous les autres. Dès lors, l'héritier peut administrer les biens qui lui sont échus comme il le juge convenable et faire à leur occasion toutes sortes d'actes, en disposer, en toucher le prix, sans que les créanciers puissent plus tard les critiquer, *Utique si nulla fraudis incurrat suspicio.* La *separatio bonorum* n'a donc pas d'effet rétroactif.

Aussi le f. 2, n. t. décide-t-il que tous les actes faits de bonne foi par l'héritier, du jour de l'adition jusqu'au décret de séparation, sont valables (*quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent*). Au contraire, les actes faits par l'héritier en fraude des droits des créanciers de la succession pourront être révoqués par l'action Paulienne, qui leur permettra de faire rentrer les biens aliénés dans le patrimoine de l'héritier et de demander ensuite la séparation sur eux. Pour réussir, les créanciers devront prouver l'*eventus damni* et le *consilium fraudis*, non-seulement du débiteur *de fraudator*, mais encore du tiers acquéreur, à titre onéreux (f. 25, § 1, *quæ in fr. Credit*). Mais comme l'héritier a le droit de vendre les biens héréditaires, il n'y aura fraude que si, se sachant insolvable, il les a aliénés sans nécessité. « *Fraus*

in eo est, dit Doneau (*loc. cit.*, § 9), *qui sciens bona defuncti solvendo esse, sua non esse, bona hæreditaria nulla necessitate rei familiaris alienavit.* »

Le f. 2 ne s'occupe que de l'aliénation de la succession entière faite sans fraude ; elle doit être respectée, les créanciers du *de cujus* ne peuvent inquiéter le tiers acquéreur. A plus forte raison doit-il en être de même si l'aliénation n'a porté que sur une portion des biens héréditaires, comme sur une quote-part ou sur certains objets particuliers ; la demande en séparation ne comprendra que ce qui reste du patrimoine du débiteur. Si l'héritier a fait un échange, la *separatio bonorum* s'exercera sur l'équivalent reçu en contre-échange par l'héritier. De même, si l'héritier a, avec des valeurs appartenant à la succession, acheté des objets quelconques (f. 5, n. t.).

Mais si les aliénations de pleine propriété faites par l'héritier sont opposables aux créanciers de la succession, il en est tout autrement dans le cas où l'héritier, après avoir grevé un bien héréditaire d'une hypothèque ou l'avoir donné en gage, a depuis obtenu la séparation. Aux termes d'un rescrit de Sévère et d'Antonin, rapporté par Ulpien au f. 1, § 3, n. t., ces droits ne peuvent avoir effet qu'après le complet désintéressement des créanciers de la succession ; le bien affecté reste soumis au droit de séparation tout comme s'il était libre des droits consentis par l'héritier, le séparatiste est préféré (*potiorem*) au créancier hypothécaire de

l'héritier. Il est assez plausible de croire que ce rescrit ait introduit, pour un cas tout spécial, une doctrine nouvelle.

La solution qu'il consacre et qui a pour résultat d'établir une différence bien tranchée entre l'aliénation et l'hypothèque consenties par l'héritier, est généralement critiquée comme manquant de logique. Si une aliénation est respectée, dit-on, c'est parce que l'héritier est réellement propriétaire; pourquoi en serait-il autrement pour l'hypothèque? Le motif *quæ bona fide,* etc., sur lequel s'appuie la théorie du f. 2, ne tend-il pas aussi bien à faire valider les hypothèques consenties par l'héritier que les actes de disposition qu'il pourrait faire des biens héréditaires?

Pour nous, au contraire, cette différence entre ces deux actes est très logique et le rescrit, en l'établissant, n'a fait que se conformer à l'objet de la *separatio bonorum*. Cette institution n'est pas, en effet, une mesure établie pour garantir les créanciers héréditaires et les légataires de tout préjudice, mais un remède spécial destiné à remédier au préjudice qui pourrait résulter, pour les créanciers de la succession, de la confusion des patrimoines; le préteur a voulu leur accorder le droit de conserver la situation qu'ils auraient si le *de cujus* n'était pas mort. Or, s'il était vivant, il aurait incontestablement le droit d'aliéner les biens composant son patrimoine, et comme les créanciers, après avoir obtenu la séparation, n'ont d'autres droits que ceux qu'ils

auraient si le *de cujus* était encore vivant, il faut décider que les aliénations consenties par l'héritier leur seront opposables. Mais si le *de cujus* n'était pas mort, les créanciers de l'héritier n'auraient pu ni concourir avec les créanciers de la succession, ni, à plus forte raison, les primer sur les biens héréditaires. Il fallait donc décider que les hypothèques consenties sur eux par l'héritier ne seraient pas opposables aux créanciers du défunt, sinon le droit de préférence attaché en leur faveur à la *separatio bonorum* aurait été gravement atteint, tandis qu'il ne peut, en lui-même, recevoir aucune atteinte par l'aliénation des objets sur lesquels il porte.

Mais cette solution du f. 1, § 3, ne doit pas être étendue aux autres démembrements de la propriété, tels que les servitudes, car elle constitue une exception au principe que l'héritier a la libre disposition des biens héréditaires et par conséquent tout raisonnement par analogie doit être repoussé. Les contrats constitutifs de ces démembrements seront maintenus, malgré la separatio. Ce sera tant pis pour les créanciers héréditaires qui n'auront qu'à s'imputer les conséquences des lenteurs qu'ils ont mises à la réclamer.

Le principe admis par le f. 2 s'applique-t-il aux aliénations à titre gratuit comme aux aliénations à titre onéreux? Le motif de douter résulte des expressions mêmes de ce texte, *ab herede vendita hereditate*. Toutefois, malgré le mot *vendita*, il nous semble que la loi statue ici *de eo quod plerumque fit*

et que les aliénations à titre gratuit faites de bonne foi par l'héritier, seront opposables aussi aux créanciers de la succession. L'héritier, étant propriétaire de par l'adition, doit pouvoir aliéner à titre gratuit comme à titre onéreux. En vain nous objecterait-on que les créanciers héréditaires *certant* de *damno vitando*, les donataires de *lucro captando*, car c'est là un argument qui ne prouve rien en voulant trop prouver ; les créanciers de l'héritier ne pourraient-ils pas, eux aussi, l'invoquer contre les légataires du défunt qui demandent la séparation ? Il est d'ailleurs incontestable que dans le cas où la disposition gratuite serait frauduleuse, la révocation serait plus facile que pour une aliénation à titre onéreux, parce que les créanciers du défunt n'auraient pas à prouver la complicité du bénéficiaire (f. 25 § 1, *quœ infr. credit*). Pourtant si celui-ci est de bonne foi, il ne sera tenu que dans la limite de ce dont il a profité (f. 6, § 11, eod.)

4° Enfin les biens du défunt ne doivent pas être confondus avec les biens personnels de l'héritier, de manière à rendre toute distinction impossible (f. 1, § 12, n. 1). La nature des choses le veut ainsi. La *separatio bonorum* a pour but de créer deux masses distinctes de biens, l'une qui se compose de ce qu'a laissé le défunt, l'autre qui comprend les biens personnels de l'héritier. Par l'effet de cette séparation, tous les biens qui constituaient la fortune du *de cujus* sont dévolus à ses

propres créanciers. Si donc il est impossible de distinguer les biens provenant du défunt d'avec ceux de l'héritier, la matière manque pour asseoir le droit de ces créanciers.

Il ne faut pas confondre la confusion de fait dont il s'agit ici et qui est un obstacle matériel à l'exercice du droit de séparation, avec la confusion de droit que la demande en séparation a toujours pour objet de faire disparaître. Cette confusion de fait ne peut guère se produire en général que pour les objets mobiliers : elle est à peu près impossible pour les immeubles, pour des *prædia*, *vel mancipia*, *vel pecora*.

Si la confusion n'est que partielle, les créanciers de la succession ont intérêt à se prévaloir de la *separatio bonorum* quant aux objets héréditaires qu'elle n'a pas atteints.

Nous avons dit plus haut que les aliénations faites de bonne foi par l'héritier devaient être maintenues. Il faut seulement remarquer que, même dans ce cas, les créanciers de la succession ne seront pas toujours dépouillés de la valeur des biens aliénés. Si le prix de ces biens n'a pas été encore payé, les créanciers auront le droit de le comprendre dans la *separatio bonorum*, car, suivant le f. 5, *de sep.*, ils peuvent exercer ce droit vis-à-vis de tout ce que l'héritier acquiert *ex hereditate ;* or si le prix ne fait pas à proprement parler partie des biens de la succession, il n'en est pas moins vrai qu'il est dû à l'héritier *ex causa he-*

reditaria. (sic. Voët, loc. cit., § 4).

De même, si le prix retiré par l'héritier de l'aliénation, quoique déjà payé, ne s'est pas encore confondu dans son propre patrimoine, ce qui en fait sera très rare, les créanciers peuvent en obtenir la séparation. Cette solution peut invoquer les termes généraux du f. 5, ainsi que le f. 1, § 12, n. t., aux termes duquel la séparation doit comprendre tous les biens héréditaires, à moins qu'ils ne puissent plus être distingués de ceux de l'héritier (vel aliud quod separari potest). Mais une fois le prix confondu, les créanciers de la succession sont définitivement déchus de tout droit.

CHAPITRE IV

DES FORMES DANS LESQUELLES LA SEPARATIO EST DEMANDÉE

Aucun texte, soit du Digeste soit du Code, n'indique de quelle manière on procédait à la separatio bonorum, admise dans l'intérêt des créanciers de la succession. Les interprètes ne se sont pas occupés de cette question. Aussi le système des Romains ne nous est pas très bien connu. Nous oserons cependant proposer quelques conjectures.

Quelle est d'abord la situation de l'hérédité avant la séparation ? Aussi longtemps qu'un héritier volontaire ne s'est déclaré ni expressément ni tacitement sur l'acceptation ou la renonciation à une succession, elle est appelée *hereditas jacens* et par une fiction de droit elle représente le défunt, hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet (f. 34, *de adq. rer. dom.* — Inst., § 2, *de hered. inst.* — Voy cep. f. 24, *de Novat.*) Elle est administrée par un curateur (f. 1, § 4, *in fine, de muner. et honor.* — f. 22, § 1, *de reb. auct. jud.*). Si personne ne se présente comme héritier (Gaii Co. 3, § 78 — Const. 5, C., *de bonis auct. jud.*) on considère le défunt comme indefensus. Les créanciers peuvent alors obtenir l'envoi en possession des biens, (f. 8 et 9, *quib. ex causis in poss.*) Cette missio in possessionem dure quinze jours ; puis vient la venditio bonorum. Mais jusque-là il ne peut s'agir de separatio bonorum, car s'il n'y a point d'héritier, il n'y a point de patrimoine à séparer. La séparation suppose une acceptation pure et simple de la part d'un débiteur obéré, il est impossible de l'exercer dans le cas d'un défunt qui n'a pas trouvé d'héritier.

Mais apparaît un héritier. Il fait adition, et les créanciers de la succession demandent la séparation des biens du défunt de ceux de l'héritier. Comment y arriver ? Plusieurs questions se présentent : à qui et contre qui doivent-ils la demander ? à quel moment et comment la separatio

bonorum se combine-t-elle avec la procédure de l'emptio bonorum ?

I.

Et d'abord à qui les créanciers doivent-ils s'adresser ? Il est hors de doute qu'il faut une demande expresse de leur part pour obtenir le bénéfice de séparation : « separatio non fit jure ipso : hanc a magistratu impetrario portet, » dit Doneau (*loc. cit.*, § 11). Le magistrat statue extra ordinem, juge lui-même la cause, sans en renvoyer l'examen à un judex, comme il l'a fait pour les affaires ordinaires. La separatio n'est concédée que cognita causa (Const. 2, C., *de bonis auct. jud.*)

Ce magistrat est, ou bien le préteur à Rome, ou bien le præses provinciæ ou legatus Cæsaris dans les provinces de l'empereur, ou bien le proconsul dans les provinces du sénat. Mais sous Justinien cette différence de noms n'existe plus, l'expression *præses* est devenue générale et comprend le proconsul aussi bien que le legatus Cæsaris, comme le fait remarquer au f. 1, *de offic. præs.* *Macer*, l'un des derniers jurisconsultes. Il en a été aussi dès l'époque où l'uniformité de régime, qui tendait de plus en plus à s'établir dans l'empire Romain, eut décidément prévalu.

Aussi le f. 1, § 14, n. t., dispose-t-il que pour

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

tout ce qui concerne la séparation de biens et pour savoir si elle doit avoir lieu ou non, « prætoris erit vel præsidis notio, nullius alterius. » De ces derniers mots Pothier conclut avec raison que pour ce cas aucune délégation n'est possible (*ad Pand.*; *de sep.*, n° 1 en note.)

II

Contre qui la demande en séparation doit-elle être formée ? Est-ce contre l'héritier lui-même ou contre ses propres créanciers ? Il semble résulter des textes que les demandeurs en séparation doivent agir contre les créanciers. Aussi le § 4 du f. 1 déclare : « Sed etiam adversus fiscum et municipes impetraretur separatio ; » au § 7 il est dit : « Hoc amplius puto, etiam impuberis creditores posse separationem adversus creditores *heredis* ejus impetrare » et le § 8 ajoute : « Si quidem Primi creditores petant, utique audiendos, et adversus Secundi, et adversus Titii creditores.

III

Ayant déjà admis que la séparation est intimement liée aux mesures d'exécution forcée, qu'elle

ne peut jamais former l'objet d'une demande principale et qu'elle se présente toujours dans le cours d'une instance en expropriation forcée, nous devons nous demander dans quelle mesure ce bénéfice se combine avec la venditio bonorum. Sur ce point s'élèvent de grandes difficultés, aggravées par le silence désespérant des textes insérés dans notre titre. Un seul, le f. 1, § 1, n. t., nous fait connaître sommairement de quelle manière et dans quels cas les créanciers d'une succession ont coutume de demander la séparation ; mais il n'est pas assez explicite pour éclairer la question qui nous occupe. Aussi ne pourrons-nous faire que des conjectures, et nous n'aurons certes pas la prétention d'avoir soulevé complètement le voile qui couvre cette matière.

Pour rechercher avec quelques probabilités la marche à suivre et le point de la procédure de l'*emptio bonorum* auquel vient s'interposer la *separatio bonorum*, nous distinguerons suivant que les créanciers personnels de l'héritier ont ou non entamé des poursuites en expropriation forcée contre leur débiteur.

A. — Une poursuite a été commencée par les créanciers personnels de l'héritier contre ce dernier. Ils l'ont appelé *injus*, afin de le forcer à reconnaître sa dette (confessus), ou à défaut, obtenir contre lui une condamnation. Supposons-le *judicatus*, c'est-à-dire condamné à payer une certaine somme : il n'exécute pas la condamnation dans le

délai légal. Tous les biens de l'héritier, y compris ceux de la succession, vont être saisis et vendus en bloc, et le prix en provenant, sera distribué au marc le franc entre tous les créanciers, soit de l'héritier soit du défunt. Alors de deux choses l'une: ou bien les créanciers de la succession s'empressent de former leur demande en séparation devant le préteur, au moment où les créanciers personnels de l'héritier vont être envoyés en possession des biens de leur débiteur, ou bien ils laissent ceux-ci obtenir le décret de *missio in possessionem*, sans se faire connaître.

Dans le premier cas les créanciers qui veulent user du bénéfice de séparation doivent, sans donte, dès leur première démarche auprès du préteur, lui présenter une requête où ils demandent la séparation contre les créanciers de l'héritier en exposant par exemple: « Bona Sei sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii (f. 1, § 1, n. t.). En d'autres termes ils réclament du préteur, l'envoi en possession exclusif des biens du défunt, en obligeant les créanciers de l'héritier de se contenter de l'envoi en possession des biens propres de leur débiteur. Le préteur, après examen, accueille la demande en séparation par un décret, (f. 1, pr., n. t.)

Quel est l'effet de ce décret? Il sépare deux masses de biens et deux classes de créanciers, pour en faire une masse et une classe indépendantes l'une de l'autre. Les patrimoines du défunt

et de l'héritier, auparavant confondus, sont dès ce moment réellement divisés en fait, chaque classe de créanciers a son gage dont elle profitera exclusivement, sans qu'elle puisse se trouver en conflit avec sa rivale. Il y a sans doute deux envois en possession, deux curateurs différents pour administrer l'un les biens de la succession, l'autre ceux de l'héritier, ainsi que deux magistri chargés d'organiser séparément les deux ventes et de faire dresser les deux cahiers de charges (leges bonorum venidendorum). Car la séparation une fois obtenue, on suit la marche ordinaire pour arriver à la *venditio bonorum* des deux patrimoines distingués dans l'envoi en possession. On fait deux adjudications, et chacun des deux patrimoines est adjugé à l'adjudicataire ou aux adjudicataires qui en offrent les dividendes les plus élevés (et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem, f. 1, § 1, n. t.) La répartition du produit des deux ventes se fait entre les deux classes séparées de créanciers, d'une part aux créanciers du défunt, de l'autre aux créanciers de l'héritier.

Supposons au contraire que ces derniers aient obtenu le décret d'envoi en possession des biens de leur débiteur, sans que ceux de la succession se soient fait connaître. Sont-ils à temps de requérir l'envoi en possession des biens héréditaires, ou bien faut-il les considérer comme déchus de ce droit? Sur ce point encore, nous ne pouvons

faire que des conjectures. Toutefois, il semble bien résulter du f. 2, n. t., que les créanciers de la succession peuvent se présenter durant toute la période qui précède la vente, c'est-à-dire jusqu'au moment de l'adjudication. Ce texte nous dit en effet expressément que le droit de séparation ne peut plus être exercé, *ab herede vendita*. Le f. 1, § 1, nous parle aussi d'un héritier qui *patitur bonorum venditionem*. D'ailleurs en l'absence contre les créanciers du défunt d'autre déchéance de leur bénéfice que l'expiration du délai de cinq ans, la confusion et l'acceptation de l'héritier pour débiteur, il faut admettre que leur droit recevait l'application la plus large.

Mais surgit une autre difficulté ; comment la procédure était-elle organisée, lorsque le préteur avait accueilli la demande en séparation? Il nous semble que dans ce cas, comme les curateurs et les magistri étaient déjà nommés, on ne faisait qu'une seule vente de tout le patrimoine de l'héritier, y compris celui de la succession ; mais on devait évaluer dans la *lex bonorum vendendorum* le chiffre auquel arrivaient les dettes du défunt et la somme à payer par l'adjudicataire aux créanciers de ce dernier. Quand la vente avait eu lieu, on distinguait dans le prix deux parts, dont l'une représentait la valeur des biens propres de l'héritier, l'autre la valeur des biens héréditaires, celle-ci devant être affectée par préférence aux créanciers du *de cujus*.

Peut-être dans ce dernier cas, la *separatio bonorum* était demandée contre le magister des créanciers personnels de l'héritier, car étant pris nécessairement parmi eux (Gaii. Co. 3, § 79), il pouvait être considéré comme leur mandataire (arg. du f. 22, § 10, mandati) (*). Cette conjecture nous paraît conforme aux principes du Droit romain en matière d'exécution forcée, mais elle ne repose sur aucun texte.

L'héritier qui est sous le coup d'une *missio in possessionem* et d'une *separatio bonorum* peut empêcher la *venditio bonorum*, en payant les créanciers. Si ce sont ceux du défunt, les biens héréditaires se réunissent à la masse des biens particuliers de l'héritier, et les créanciers personnels de ce dernier en profitent. Si au contraire il est donné satisfaction aux créanciers de l'héritier, nous verrons que les jurisconsultes étaient divisés sur la question de savoir si les biens dont la possession était enlevée aux créanciers de l'héritier devaient se réunir à la masse de ceux provenant du défunt, pour servir de gage aux créanciers héréditaires et aux légataires (f. 3, n. t.— f. 1, § 17, et f. 5, n. t.)

Mais si l'héritier est hors d'état de payer, il pourra néanmoins, en se présentant *injus* avant la *venditio bonorum* et après avoir fourni caution, re-

(*) Nous admettons nécessairement que dans ce texte le mot *curator* a été substitué par les commissaires de Justinien au mot *magister* qu'avait employé le jurisconsulte.

couvrer la possession des biens héréditaires. En effet, il résulte du f. 33, § 1, de *reb. auct. jud.*, qu'un débiteur peut, après comme avant l'envoi en possession de ses biens, se défendre et donner caution : cette caution donnée, la possession de biens cesse. Or, il doit en être de même à l'égard de l'héritier dont on possède les biens, puisqu'il n'y a pas de texte qui fasse exception à son égard. Le même intérêt se retrouve dans les deux cas, à savoir éviter la *venditio bonorum* et l'infamie qui en est la conséquence. L'héritier à ce point de vue est même dans une situation plus favorable qu'un débiteur ordinaire, puisqu'il est poursuivi pour des dettes auxquelles il est resté étranger. Les créanciers de la succession ne peuvent se plaindre de ce résultat, car le défunt aurait pu aussi, par une telle satisdation, anéantir l'effet de l'envoi ; pourquoi la même faculté serait-elle refusée à son héritier ?

B. — Les créanciers de l'héritier n'ont pas poursuivi leur débiteur et n'ont pas requis l'envoi en possession. Les créanciers de la succession peuvent-ils même dans ce cas faire valoir leur droit à la séparation ? Nous pensons qu'il leur est permis de prendre eux-mêmes l'initiative des poursuites. En vain nous objecterait-on que c'est alors abandonner le caractère de demande incidente, commun à tous les cas de séparatio bonorum. Car même dans ce cas l'objet de la demande principale ne sera pas la separatio bonorum,

celle-ci ne pourra être formée qu'incidemment dans le cours de la procédure. Et voici quelle est probablement la marche à suivre.

L'héritier est devenu par le fait de son adition le représentant du de cujus erga omnes, jusqu'à l'établissement du régime de séparation : de plus les créanciers de la succession sont aussi les créanciers de l'héritier, ils peuvent donc le mettre en demeure de remplir les obligations que lui impose sa qualité d'héritier. Ces créanciers commencent donc par l'appeler *in jure*, afin de le forcer à reconnaître la dette de son auteur ou à défaut, obtenir contre lui une condamnation. Si l'héritier comparaît, donne caution, il est réputé *defensus*. Les créanciers de la succession prouvent leurs droits et l'héritier est condamné par le juge à les désintéresser. S'il s'exécute, la demande en séparation n'ayant plus d'objet, devient impossible comme la missio in possessionem.

Au contraire, si l'héritier cité se cache frauduleusement au lieu de satisfaire à l'*in jus vocatio* (Gaii Co. 3 § 78), ou si, paraissant devant le magistrat il refuse d'engager l'instance (f. 52, *de reg. juris*), ou s'il ne donne pas caution, il est réputé *indefensus*. C'est le cas alors de le considérer comme ne pouvant empêcher la vente de ses biens : les créanciers de la succession demandent alors la missio in possessionem. Mais comme d'une part ils sont devenus, par l'effet de l'adition les créanciers de l'héritier, et que d'autre part il est

de règle que l'envoi en possession accordé à un seul profite à tous (f. 12, *de reb. auct. jud.*), ils doivent former en même temps leur demande en séparation contre les créanciers personnels de l'héritier, de telle sorte que la missio in possessionem ne portera que sur les biens successoraux. Sinon le décret d'envoi en possession comprendrait tous les biens de l'héritier sans distinction et s'appliquerait à tout créancier. C'est ainsi que la vocatio in jus, sans avoir pour objet principal la *separatio*, y conduit indirectement, et que la *separatio bonorum* constitue même en ce cas une demande incidente.

Cette procédure nous semble très vraisemblable, mais il est impossible de l'appuyer sur aucun texte précis. Peut-être pourrait-on trouver un argument dans le f. 7, n. t., et la Constitution 2, *de bonis auct.*, qui prouvent qu'avant la séparation et sans perdre le droit de l'invoquer plus tard, les créanciers de la succession peuvent exercer des poursuites contre l'héritier. Cette conjecture est encore corroborée par cette considération que la separatio bonorum implique une missio in bona defuncti, et que la missio in possessionem est accordée contre un *indefensus*, par suite contre un individu déjà appelé *in jus*. Enfin elle est en harmonie avec l'esprit d'équité qui a été la pensée dirigeante du préteur en cette matière : il serait injuste de laisser les créanciers de la succession à la merci des créanciers personnels de l'héritier, qui n'au-

raient qu'à se tenir tranquilles pendant cinq ans, pour leur enlever tout droit à la séparatio bonorum.

Une autre manière de procéder nous paraît indiquée par le f. 31 pr., *de reb. auct. jud.* Les créanciers de la succession qui redoutent l'insolvabilité de l'héritier, peuvent l'appeler devant le préteur, pour qu'il soit déclaré suspect, et ils y parviendront en prouvant, non pas que l'héritier est d'une moralité douteuse, mais simplement que ses moyens pécuniaires sont insuffisants, (f. 31 § 1, eod.). Le préteur examinera l'affaire qui lui est soumise, et la jugera suivant les circonstances. S'il admet que les créanciers ont raison de considérer l'héritier comme suspect, il leur ordonne de leur fournir caution pro suo debito reddendo. Mais le préteur ne doit adopter cette mesure qu'après avoir constaté la nécessité de leur subvenir. S'il est prouvé que l'héritier n'a rien aliéné et qu'on n'a à lui reprocher que sa pauvreté, le préteur se contentera de lui prescrire de conserver intact le patrimoine du *de cujus*, *nihil minuere* (f. 31, § 4. eo.) Mais si l'héritier, obligé de donner caution, n'exécute pas le décret du préteur, celui-ci doit alors envoyer les créanciers de la succession en possession des biens de l'hérédité et les faire vendre conformément à l'édit (f. 31 § 3, eod.)

Cette procédure nous semble la seule acceptable dans le cas où les créanciers de l'héritier restant complètement inconnus, la demande en *separatio*

devient forcément impossible. Elle a seulement un grand inconvénient ; c'est que si les créanciers ne prouvent pas l'insolvabilité de l'héritier (nec inopia laborantem), celui-ci pourra intenter contre eux l'actio injuriarum (f. 31 , § 5, eod.)

Telle était, croyons-nous, l'institution prétorienne de la separatio bonorum, combinée avec la procédure de l'emptio bonorum. Or la vente en bloc de tous les biens d'un débiteur a été supplantée dans le droit de Justinien par la distractio bonorum ou vente en détail. Cette voie d'exécution, qui suppose toujours la mesure préalable d'une missio in possessionem n'exige pas la rédaction d'une lex bonorum venden dorum ; il n'est plus question de *magister*, mais il paraît que le curateur est chargé tout à la fois d'administrer les biens et de procéder à chaque vente qu'il peut être opportun de faire (f. 5, *de curat. fur.* 27, 10). De son côté le débiteur y gagne d'échapper à l'infamie. Or de nouvelles difficultés se produisent ici pour expliquer les modifications que la demande en séparation introduira dans ce régime plus moderne : y a-t-il deux curateurs placés à la tête de chacune des masses distinguées par la séparation? doivent-ils procéder simultanément à la vente, ou chacun d'eux a-t-il toute latitude pour se mouvoir dans le cercle de ses attributions? C'est ce que nous ignorons complètement.

IV

De tout ce qui précède, nous pouvons déduire cette règle très nette : que la separatio bonorum étant liée à la missio in possessionem, est une mesure collective quant aux biens et quant aux personnes.

Elle a d'abord un caractère collectif, en ce sens qu'elle ne porte pas sur tel ou tel bien déterminé, détaché isolément de l'ensemble de l'hérédité, mais qu'elle frappe nécessairement l'université des biens héréditaires, l'universum jus defuncti, pour aboutir à la vente de cette même universalité au profit des créanciers du défunt. Comment aurait-il pu en être autrement, alors que nous savons que la separatio bonorum n'est qu'un incident de la poursuite en exécution forcée, qui elle-même porte sur le patrimoine entier du débiteur ? L'existence de ce caractère est encore confirmée par les textes du Digeste et du Code qui, traitant de notre matière, mettent toujours en opposition la totalité des biens de la succession avec la totalité des biens de l'héritier, et attribuent la première masse aux créanciers et aux légataires du défunt, f. 1, §§ 1, 17, f. 5, n. t. Cela résulte encore de ce que le législateur examine simultanément et paraît

mettre sur la même ligne la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier et plusieurs autres espèces de séparations pour lesquelles le caractère collectif a existé bien certainement par exemple dans le cas où le bénéfice est accordé à l'heres necessarius qui peut ainsi soustraire aux poursuites des créanciers ses biens à venir et ce qui lui est dû par le défunt, f. 1, § 18, n. t.

La séparation romaine présente encore un caractère collectif en ce sens qu'elle produit ses effets contre tous les créanciers de l'héritier indistinctement.

Conserve-t-elle ce caractère, quand on examine si la séparation obtenue par un seul ou quelques-uns des créanciers du de cujus peut être invoquée par ceux qui ne l'ont pas demandée ? Cette difficulté en appelle d'abord une autre : chaque créancier du défunt peut-il réclamer cé bénéfice pour son propre compte ou sont-ils obligés de s'entendre à cet effet ? Cette question ne peut, même en l'absence d'un texte précis, ne recevoir qu'une seule solution : évidemment, chaque créancier a le droit de demander la séparation pour son propre compte, il n'est pas nécessaire qu'elle soit réclamée par l'unanimité des créanciers de la succession ; sans quoi la mauvaise foi d'un seul, dont la créance pourrait être minime, viendrait mettre obstacle au droit des autres ; ce qui est inadmissible. Cela posé, revenons à notre question et voyons si l'on doit ici, comme pour l'envoi en pos-

session, permettre à tous les créanciers du *de cujus* d'invoquer la séparation invoquée par un seul ou quelques-uns d'entre eux seulement ? Non, ceux qui ne la demandent pas ou qui ne se réunissent pas à ceux qui l'ont demandée sont censés avoir suivi la foi de l'héritier. Il y a un texte formel en ce sens, le f. 1, § 16, n. t., dont voici la traduction : « On a demandé si, dans le cas où il y a plusieurs créanciers, dont quelques-uns « secuti heredem, » d'autres non « secuti » et ayant demandé la séparation, ces derniers l'ont obtenue pour eux seuls, ou pour eux tous ? Je pense qu'ils l'ont obtenue pour eux seuls, parce que les autres doivent être rangés parmi les créanciers de l'héritier. » Pour nous, les mots « secuti heredem » ne se réfèrent pas seulement aux créanciers qui auraient reconnu, par un acte formel, l'héritier pour leur débiteur personnel à la place du défunt, ils comprennent même ceux qui pouvant demander la séparation, ne l'ont pas fait et sont réputés alors, au moment de la vente des biens, avoir voulu se contenter de l'obligation personnelle de l'héritier. Ces derniers, pas plus que les autres, ne pourront bénéficier de la séparation accordée à leurs cocréanciers ; ceux-ci pourront seuls l'opposer aux créanciers de l'héritier. Au contraire, comme nous l'avons déjà dit, l'envoi en possession a lieu pour la masse des créanciers ; demandé par un seul, il pourra être invoqué par tous les autres et il leur profitera, le plus diligent étant censé avoir agi dans l'intérêt

commun (f. 12, *de reb. auct.*)

Cette différence entre la missio in possessionem et la separatio bonorum a sa raison d'être. La missio in possessionem confère à tous les créanciers un droit de gage général sur les biens possédés ; mais ce gage n'établit aucune cause de préférence, et ne change rien aux rapports des créanciers entre eux. Il en est tout autrement de la *separatio bonorum* établie précisément dans l'intérêt d'une classe particulière de créanciers à l'encontre d'une autre Aussi pour en réclamer le bénéfice, il faut être créancier de la succession recueillie par la personne que l'on poursuit, prouver cette qualité, et se faire concéder nominativement ce secours par le préteur. L'effet général produit par la missio in possessionem s'explique, car l'envoi en possession n'a par lui-même que la valeur d'une simple mesure conservatoire ne pouvant préjudicier en rien aux créanciers. Au contraire, si la séparation est très utile dans le cas où l'héritier a plus de dettes que la succession, elle n'offre que des dangers dans l'hypothèse inverse. Voilà pourquoi chaque créancier héréditaire et chaque légataire doit être libre de suivre le parti qui lui semble préférable, l'option de l'un ne doit pas entraîner celle des autres.

La séparation n'opère donc qu'*in personam*, tandis que la missio in possessionem est accordée *in rem*. A ce point de vue, notre bénéfice n'a rien de collectif, en ce sens qu'il ne peut être réclamé que par quelques-uns des créanciers seulement,

et qu'il ne profite qu'à ceux-là seuls ; c'est un droit individuel, certains créanciers peuvent suivre la foi de l'héritier, et ils seront mis au nombre des créanciers personnels de l'héritier.

CHAPITRE V

DES EFFETS DE LA « SEPARATIO BONORUM »

Avant tout, demandons-nous si ce bénéfice a pour résultat de rescinder l'adition d'hérédité ou bien s'il la laisse subsister, tout en en paralysant les conséquences ordinaires à l'égard des créanciers de la succession. Suivant certains interprètes, l'adition serait rescindée. Nous ne croyons pas que la *separatio bonorum* produise un effet aussi radical; le préteur en l'introduisant n'a pas osé aller jusque-là ; tout en corrigeant le Droit civil, il ne l'a corrigé qu'à moitié et il n'a pas voulu violer aussi ouvertement les principes d'un droit si religieusement respecté par les Romains. Malgré le décret de séparation, l'adition d'hérédité persiste et le principe fondamental de la loi romaine : *Qui semel heres, nunquam desinit esse heres* (f. 88, *de hered. instit.*), se trouve maintenu.

Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler

qu'une fois accordée, la séparation ne rétroagit pas jusqu'à l'adition, puisque les actes passés par l'héritier de bonne foi *medio tempore* sont opposables aux créanciers de la succession (f. 2, n. t.), sauf l'exception relative aux constitutions de gage et d'hypothèque. Comment d'ailleurs expliquer que, dans le cas où le paiement des dettes héréditaires n'absorbe point la totalité de l'actif successoral, l'excédant rentre dans le patrimoine de l'héritier, et, par suite, dans le gage de ses créanciers personnels (f. 1, § 17, n. t.)? Pour admettre la rescision de l'*aditio hereditatis*, il faudrait un texte formel, puisqu'en principe la qualité d'héritier une fois acquise est indélébile ; or, ce texte n'existe pas. La *separatio* n'efface donc pas l'adition d'hérédité : elle se borne à garantir les créanciers de la succession contre un de ses effets qui pourrait leur être préjudiciable.

Ce principe établi, nous devons déterminer les effets de la *separatio bonorum*. Nous les considèrerons, soit quant à l'héritier lui-même, soit quant aux créanciers de la succession dans leurs rapports avec les créanciers personnels de l'héritier.

1° *Quant à l'héritier*. — Tant que le préteur n'a pas rendu le décret de séparation, l'héritier est libre de disposer des biens héréditaires ; ce qu'il fait est inattaquable, pourvu que la bonne foi ait présidé à ses actes. Mais une fois la séparation obtenue, l'héritier, quoique le restant aux yeux de la loi, perd le droit d'administrer et de disposer

des biens composant le patrimoine du *de cujus*. Le préteur en remet la possession aux créanciers et aux légataires, avec autorisation de les transformer en argent par la voie de la *venditio bonorum*. Ainsi, l'héritier n'est plus nanti des biens héréditaires, il n'en a plus la disposition.

Si les textes ne donnent pas une solution explicite sur ce point, le f. 2 nous fournit toutefois un argument, car, en ne maintenant que les actes faits de bonne foi par l'héritier *medio tempore*, c'est-à-dire depuis l'adition jusqu'au décret de séparation, il déclare, par *a contrario*, que les autres actes faits depuis cette époque ne seront pas opposables aux créanciers de la succession. C'est une garantie que le préteur leur accorde; désormais, leur gage est à l'abri de toute atteinte.

Mais ce désintéressement, ou plutôt cette incapacité de l'héritier, n'est qu'une conséquence de la *missio in possessionem* qui accompagne toujours la séparation de biens et qui est incompatible avec le droit de libre disposition de l'héritier. Car cette mesure confère aux créanciers du défunt, d'une part la détention et l'administration des biens héréditaires, et d'autre part leur attribue, sur ces mêmes biens, le *pignus prætorium* (f. 6, *de pign. act.*), qui pourvu d'un droit de suite, du moins sous Justinien (Const. 2, C., *de prat. pignore*), suffira à lui seul, abstraction faite de tout autre moyen, pour rendre complètement sans effet, à l'égard des créanciers, l'aliénation que l'héritier serait tenté

de faire de ces biens. Mais ce droit de suite ne dérive que de la *missio in possessionem*, et non pas de la séparation ; et c'est à tort que M. Demolombe prétend en retrouver le germe dans la séparation du Droit romain (succ. t. 5, p. 242). Il suffit de lire le f. 2, n. t. pour se convaincre du contraire. Cette loi renferme deux dispositions : l'une, *ab herede venditu hereditate, separatio frustra desiderabitur : utique si nullo fraudis incurrat suspicio*, qui est incompatible avec l'idée du droit de suite ; l'autre, *nam quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent*, qui permet d'attaquer les actes de l'héritier postérieurs au décret de séparation ; mais cela résulte, nous le répétons, des principes spéciaux du Droit romain sur la *missio in possessionem*.

2° *Quant aux créanciers de la succession dans leurs rapports avec les créanciers personnels de l'héritier.* — La *separatio bonorum* n'ayant d'autre objet que de faire cesser la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier, il s'ensuit que ces deux patrimoines sont séparés l'un de l'autre comme s'il s'agissait de deux débiteurs différents ; dès lors, point de concours possible entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier Les créanciers de la succession passeront sur le prix des biens héréditaires avant tous les créanciers personnels de l'héritier (f. 1, § 1, n. t.), même avant ses créanciers hypothécaires (f. 1, § 3, n. t.). Mais, réciproquement, ceux-ci seront payés sur les biens de leur débiteur,

par préférence aux créanciers de la succession.

Que décider, lorsque l'une ou l'autre de ces deux catégories de créanciers est désintéressée, si le paiement des dettes n'a pas absorbé l'actif soit du défunt soit de l'héritier ? Examinons successivement ces deux hypothèses :

A. — L'actif héréditaire est plus que suffisant pour payer les dettes et les legs laissés par le défunt : à qui reviendra l'excédant ? A l'héritier, et par suite à ses créanciers. Sur ce point les jurisconsultes romains sont d'accord (f. 1, § 17, f. 3, § 2, *in fine*, f. 5, n. t.).

B. — L'actif héréditaire est insuffisant pour payer intégralement les créanciers. L'héritier au contraire se trouvant parfaitement solvable, ses créanciers sont complétement désintéressés par la vente de ses biens, et il lui en reste encore quelque chose après leur entier paiement : les créanciers de la succession pourront-ils, à l'exclusion de l'héritier s'approprier jusqu'à concurrence de leurs droits, la portion du prix de ses biens que ses créanciers n'ont pas absorbée ? Suivant Paul, f. 5, n. t., les créanciers n'auraient pas ce droit : en demandant la séparation, « recesserunt a persona heredis » ils ont renoncé à poursuivre l'héritier ; et il ajoute que les biens du défunt, considérés par eux comme formant un patrimoine distinct, ne peuvent évidemment pas recevoir d'augmentation. Le jurisconsulte termine en déclarant s'en tenir à cette solution pour le cas même où les créanciers

de la succession se seraient trompés dans leurs calculs et auraient mal apprécié l'état de la fortune du défunt, par conséquent pour le cas où, en définitive, la succession se trouverait insolvable et l'héritier solvable. Ulpien adopte en principe la même doctrine au f. 1, § 17, n. t., et la raison qu'il en donne, c'est que les créanciers de la succession n'ont à s'en prendre qu'à eux d'avoir à tort préféré les biens du défunt aux biens de l'héritier ; la séparation qu'ils ont obtenue les tient eux-mêmes séparés de ces biens (separatio enim quam isti petierunt, eos ab istis bonis separavit), ils sont censés y avoir renoncé, et tel est aussi au fond le motif que Paul donne à l'appui de la même opinion. Mais Ulpien n'en pousse pas les conséquences avec autant de rigueur. Suivant lui, lorsque les créanciers de la succession ont mal à propos demandé la séparation, ils pourront venir prendre le restant des biens de l'héritier, en alléguant l'existence d'une erreur inévitable, « justissinia scilicet ignorantiæ causa allegata, » comme par exemple, lorsqu'ils ont été trompés sur l'estimation des biens de l'héritier. Mais cette remise, ce pardon (*veniam*) accordé seulement à ceux qui sont victimes d'une erreur ou d'un dol qu'on ne peut leur imputer, ne se produira que dans des cas rares et tout à fait exceptionnels.

Cette manière de voir de Paul et d'Ulpien n'est pas partagée par Papinien, car il autorise les créanciers de la succession à poursuivre contre

l'héritier le paiement du reliquat dont ils sont demeurés créanciers. Seulement il ne leur ouvre ce recours qu'après complet désintéressement des créanciers de l'héritier, f. 3, § 2, n. t.

L'opinion de Paul et d'Ulpien semble avoir été prédominante même à l'époque où ces jurisconsultes écrivaient, et elle l'était certainement au temps de Justinien. Ulpien, postérieur à Papinien, présente son système comme communément reçu (*nilgo placere*), et le texte de Paul ne contredit pas cette importante assertion.

Toute conciliation est impossible. Elle tombe devant ces mots de Paul : « quidam putant. » Ces expressions montrent bien clairement qu'il y avait en réalité divergence sur ce point entre les jurisconsultes. Cela nous paraît d'autant plus certain que Paul et Ulpien avaient rédigé des notes sur les écrits de Papinien, qu'ils connaissaient par conséquent son système, et que Paul semble s'y référer par ces mots : « quidam putant » (Voyez sur ce point Cujas, *in lib.* 27, *quæst. Papiniani*, *ad leg.* 3 *de separ.*, § 2, *sed in quolibet.*)

De ces deux systèmes, quel est le plus conforme aux principes de la *separatio bonorum* ? Beaucoup d'interprètes pensent que la vraie doctrine romaine en matière de séparation est celle de Paul et d'Ulpien. Ces deux jurisconsultes se placent au point de vue de l'application stricte du Droit, Papinien à un autre point de vue : « probari commodius est, » dit-il ; c'est une solution d'équité qu'il pro-

pose (sic Cujas, ad leg. 3, de sep., loc, cit. — Hureaux, rev. de Dr. fr. et étr. 1846, t. 3, p. 424 — Dollinger, rev. crit. t. 13, p. 155 — Garraud, rev. prat., t. 44, p. 99.)

Pour nous, au contraire, le système de Papinien est le seul qui soit satisfaisant. Loin d'être un simple tempérament d'équité, il est l'application pure et simple du Droit. Papinien considère la *separatio bonorum* comme n'existant que dans les rapports de deux masses de créanciers, en sorte que l'une de ces masses étant désintéressée, la *separatio* n'ayant plus de raison d'être, doit disparaître, le Droit commun reprendre son empire, et l'autre masse, si elle n'est pas intégralement payée, agira sur les biens d'abord affectés à la première et sur laquelle elle n'était pas principalement colloquée.

Ajoutons que cette doctrine est la seule conforme à la nature de notre bénéfice. Le but du préteur, en l'instituant, est d'empêcher que l'adition n'établisse, à l'encontre des créanciers du défunt, une confusion très préjudiciable pour eux, entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier. Ce bénéfice est donc établi seulement pour les créanciers du *de cujus*, et nullement pour l'héritier, c'est dans leur intérêt que les créanciers le demandent, c'est relativement à eux qu'il est prononcé. Comment donc un bénéfice introduit en leur faveur pourrait-il tourner à leur détriment, en les empêchant de revenir vers celui qui, en principe est toujours tenu des dettes *ultra*

vires successionis? Pour dénier aux créanciers de la succession tout recours contre les biens de l'héritier, il faudrait admettre de deux choses l'une : ou que l'héritier, par la séparation, cesse d'être héritier, ou que ces créanciers, en déclarant : *Bona defuncti sibi sufficere* et en réclamant un droit de préférence sur ces biens, ont refusé de profiter de son adition et ont entendu le libérer de l'obligation personnelle qui en résultait envers eux. Mais de tout cela il n'en est rien. D'un côté, nonobstant la *separatio bonorum,* l'héritier reste héritier absolu, tenu par conséquent d'acquitter intégralement toutes les dettes, soit celles qui lui étaient déjà personnelles, soit celles du défunt dont il s'est chargé en faisant adition d'hérédité. Les règles du concours entre créanciers sont seulement modifiées. D'un autre côté, les créanciers de la succession, en invoquant la *separatio*, n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux par l'acceptation de l'hérédité. Cette intention n'est pas vraisemblable, et lorsqu'Ulpien affirme que ces créanciers *recesserunt a persona heredis,* il fait plus qu'une pétition de principes, il va à l'encontre de l'intention probable des parties. Les créanciers qui demandent la séparation entendent prendre contre l'héritier une sûreté propre à les mettre à l'abri de son insolvabilité ; or libère-t-on un débiteur, parce qu'on prend des garanties contre lui? Evidemment le créancier qui prend des sûretés particulières ne

saurait, par cela seul, être considéré comme renonçant aux garanties ordinaires et de droit commun. Le créancier de la succession, en se portant séparatiste, a voulu écarter les créanciers de l'héritier en tant que leur présence lui serait préjudiciable; mais il n'a pas entendu renoncer aux autres avantages que l'adition d'hérédité pouvait lui procurer, puisqu'il n'en a pas obtenu l'annulation.

Plusieurs objections ont été faites contre ce système :

La position des créanciers de la succession étant différente de celle des créanciers de l'héritier, a-t-on dit, il est impossible de leur accorder, comme à ces derniers, un recours sur ses biens. « Nam defuncti creditores postulant separationem bonorum, non creditores heredis. Nihil igitur imputari potest creditoribus heredis, quia non postularunt separationem, sed in eam venerunt, aut inciderunt postulantibus creditoribus defuncti, creditores defuncti sibi debent imputare suam facilitatem, quia separatio quam petierunt, eos a bonis heredis separavit. » (Cujas in lib. XXVII, quæst. Papin. ad leg. 3, de sep. § 2, sed in quolibet).

Mais qu'importe qu'aucun reproche ne puisse être adressé aux créanciers de l'héritier, parce qu'ils ne se sont pas portés séparatistes ? Cette faculté leur étant refusée, pouvait-il en être autrement? Sans doute les créanciers de la succession ont agi à la légère, en réclamant la séparation

de biens, alors que la succession était obérée, et non pas l'héritier. Mais ce n'est pas un motif pour traiter un héritier, dont l'adition subsiste, mieux que s'il n'y avait pas eu *separatio*.

On a prétendu que le système de Papinien était en désaccord avec la règle énoncée au f. 1, § 10, 11, 15, n. t. En effet, d'après ces textes, a-t-on dit, il y a incompatibilité entre la qualité de créancier de la succession et celle de créancier de l'héritier, puisque l'acceptation de l'héritier pour débiteur emporte déchéance du droit de demander la *separatio bonorum*. Or permettre, comme le fait Papinien, aux créanciers héréditaires et aux légataires, en cas d'insuffisance des biens de la succession, de revenir contre les biens propres de l'héritier, c'est évidemment décider que l'héritier est leur débiteur et partant que ceux-ci sont restés ses créanciers, malgré la *separatio*. Comment donc se peut-il qu'il leur soit interdit de le reconnaître pour tel, sous peine d'être déchus de leur droit? Il est manifeste que cette règle n'a dans la doctrine de Papinien aucune raison d'être; ce n'est plus qu'un contre-sens, une véritable impossibilité juridique. Cette règle se comprend au contraire fort bien dans le système de Paul. Aussi les textes qui la consacrent sont-ils tous d'Ulpien, qui adoptait ce système en le mitigeant.

Cette objection n'est pas sans valeur. Elle tombe cependant, si on va au fond des choses. Il n'est pas douteux que la doctrine de Papinien comme

celle de Paul et d'Ulpien repose sur une fiction dont l'effet est de faire considérer le débiteur décédé comme s'il vivait encore. La seule différence, c'est que chez Paul et Ulpien cette fiction existe jusque dans les rapports des créanciers avec l'héritier, tandis que chez Papinien elle est restreinte aux relations réciproques des créanciers entre eux. Ce point de départ admis, les mêmes conséquences s'en déduisent avec la même rigueur. Il est certain (vis-à-vis des créanciers seulement, mais non vis-à-vis de l'héritier) que les créanciers qui réclament la *separatio bonorum* n'acceptent pas l'héritier pour débiteur, c'est-à-dire le concours au marc le franc avec ses créanciers personnels sur tous les biens confondus, tandis que ceux qui l'acceptent comme tel renoncent, par là-même, au bénéfice de la *separatio*, c'est-à-dire au droit de gage exclusif qu'ils auraient pu acquérir sur les biens héréditaires.

Enfin on a reproché au système que nous défendons de manquer de logique. S'il est vrai que la séparation laisse l'héritier obligé envers les créanciers du défunt et les légataires, si c'est un bénéfice introduit en leur faveur qui ne peut pas leur nuire, il faut nécessairement leur reconnaître le droit de venir sur les biens de l'héritier, non pas subsidiairement, comme le décide Papinien, mais en concours avec ses créanciers personnels. Ce reproche n'est pas fondé. Puisque les créanciers de l'héritier ne peuvent point de leur chef

demander la *separatio bonorum*, il est conforme à la logique et à l'équité qu'ils profitent de la demande formée par les créanciers de la succession. Dira-t-on qu'elle existe contre eux, et non pas pour eux, et par conséquent que rien ne les autorise à s'en prévaloir? Une pareille idée est inadmissible. Les créanciers de la succession ont un choix à exercer, mais ils ne peuvent le diviser: ou bien ils préfèrent s'en tenir à l'application des principes du Droit civil et la confusion des deux patrimoines leur paraît préférable, dans ce cas il n'y a qu'une seule masse de biens, qu'une seule classe de créanciers, ou bien la séparation leur est plus avantageuse, et alors, dans les rapports des créanciers entre eux, il y a deux patrimoines, deux actifs, deux passifs ayant chacun leurs créanciers propres, et de même que les créanciers de l'héritier sont écartés des biens héréditaires, de même les créanciers de la succession doivent l'être des biens de l'héritier. Que ces derniers choisissent donc, puisqu'ils sont les maîtres de la situation; mais que, leur choix une fois fait, la séparation une fois prononcée, elle existe pleinement et avec toutes ses conséquences. Sinon on arrive à ce résultat absurde, qu'il y aura à la fois séparation et confusion des deux patrimoines, en même temps et relativement aux mêmes personnes; vis-à-vis des séparatistes, le défunt sera réputé encore vivant, toute confusion aura cessé, ce qui exclura les créanciers de l'héritier du con-

cours sur les biens du défunt ; au contraire vis-à-vis des créanciers de l'héritier la confusion aura continué d'exister, il n'y aura qu'un seul patrimoine, celui de l'héritier, sur lequel tous les créanciers devront concourir. Ce qui serait absurde, car une fois que la séparation des biens existe, leur confusion ne peut pas coexister.

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I

COMMENT LA SÉPARATION DES BIENS FUT INTRODUITE DANS LE DROIT COUTUMIER.

On retrouve dans l'ancien Droit français, dans les pays de Droit écrit comme dans les pays de coutume, l'institution du bénéfice de la séparation des biens. La coutume du Hainaut fut la seule dans laquelle on s'écarta, à cet égard, du Droit romain ; Pollet, (cité par Merlin, rep. V° sep. *de patr.*, p. 65) atteste qu'elle n'admit point la séparation de biens entre les créanciers d'un défunt et ceux de l'héritier.

Mais quoiqu'emprunté au titre de *separationibus* du Digeste, ce bénéfice, en passant dans notre ancienne jurisprudence, subit dans ses caractères et ses applications des transformations importantes. C'est ainsi qu'on ne le retrouve plus appliqué à d'autres biens qu'à ceux qui font partie d'une succession. De ces hypothèses multiples dans lesquelles le Droit romain concédait la *separatio bonorum*, une seule a survécu dans la doctrine et la pratique anciennes, la séparation accordée aux créanciers et légataires d'une succession solvable. La séparation des biens accordée à cette catégorie de personnes devient dès lors l'objet d'une théorie spéciale, et nos anciens jurisconsultes s'en occupent dans une section particulière du titre des successions (Lebrun, tr. des successions, liv. 4, ch. 2, sect. 1, nos 11 à 30 — Pothier, tr. des succ., ch. 5, art. 4).

Une autre modification que ce bénéfice subit dans sa nature, mérite d'être signalée. En Droit romain, la séparation des biens étant intimement liée à la missio in possessionem, était une mesure collective et générale, en ce sens qu'elle frappait l'ensemble des biens héréditaires et qu'elle produisait ses effets contre tous les créanciers de l'héritier. Or sur ce point la séparation de biens revêt dans notre ancien Droit un caractère nouveau et tout différent de celui que nous lui avons connu jusqu'ici ; elle n'a plus que le caractère d'un bénéfice purement individuel, soit quant aux person-

nes, soit quant aux biens, « car, nous apprend Loyseau (Œuvres, liv. 3 de l'action hypoth., ch. 7, al. 1), la mission en possession et conséquemment les gages prétoriens ont été abolis par les ordonnances de nos rois. » On put dès lors s'en prévaloir relativement à tel bien de la succession, et non relativement à tel autre, la demander contre tel créancier de l'héritier et non contre tel autre. La demande en séparation ne fut plus un accessoire obligé de l'expropriation du débiteur, elle en devint indépendante et elle donna lieu désormais à une action principale dirigée contre chaque créancier de l'héritier individuellement. Sans doute l'insolvabilité de l'héritier et par suite l'utilité qu'il y avait pour les créanciers héréditaires à user du bénéfice de séparation dut se révéler surtout par les poursuites dont l'héritier était l'objet et par les saisies pratiquées sur ses biens ; mais il n'en resta pas moins que ce droit put désormais se produire en dehors de toute instance en expropriation et comme mode d'action propre à assurer aux créancier du défunt le paiement de ce qui leur était dû.

Telle était la séparation des biens au XVI[e] et XVII[e] siècles. Jusqu'à cette époque, il n'en est pas question dans les écrits des jurisconsultes.

Ce bénéfice ne fut introduit que dans le courant du XVI[e] siècle, par les jurisconsultes Romanistes, qui ne trouvèrent pas d'autre moyen de remédier à ce qu'avait de trop absolu la doctrine de la divi-

sion des dettes entre les cohéritiers ; et voici la marche probable du Droit à cet égard :

Le principe de la division des dettes, dont l'origine toute romaine remonte à la loi des douze Tables (Const. 6, C., *fam. ercis* — Const. 26 *de pactis* — Const. 2 *de hered. act.* — Const. 1, *si cert pet.*), ne reçut, dans le Droit coutumier, aucune application jusqu'au XIV^e^ siècle.

Jusqu'à cette époque les héritiers sont tenus sur tous leurs biens, et chacun *in solidum*, au paiement des dettes et charges héréditaires. Cette action in solidum donnée aux créanciers contre chaque héritier se trouve dans les coutumes du Nord, connues sous le nom de coutumes des pays de nantissement. Ce n'est pas là un droit spécial à ces coutumes, elles n'innovent pas, ce sont elles qui reproduisent l'ancien Droit germanique dans sa pureté primitive (*). Cette obligation aux dettes ultra vires successionis et in solidum, est en effet d'origine germanique, et elle résulte de la saisine héréditaire, comme le prouvent les chapitres 61 (*de chrenechruda*) et 63 (*de eo qui se de parentilla tollere vult*) de la Loi Salique, le chapitre 67 de la Loi des Francs Ripuaires, et le chapitre 65 (n^os^ 1 et 2) de la Loi des Bourguignons.

Nous retrouvons la même doctrine dans le Droit

* Voy. Hainaut, ch. 23, art 5 ; — Bailliage et châtellerie de Lille, ch. 2, art. 16 ; — Échevinage de Lille, ch. 1, art. 4 ; — Baill. et chât. de Douai, art. 23 ; — Amiens, tit. 4, art. 91, t. 8, art. 159 ; — St-Omer, art. 42 ; — Bretagne, tit. 23, § 7, art. 592, etc.

coutumier antérieur au XIV^e^ siècle, et notamment dans Beaumanoir. L'auteur des coutumes de Beauvoisis base l'obligation aux dettes ultra vires sur la garantie de famille ; chaque héritier est obligé de garantir les faits de ses devanciers. Ce sont les principes germaniques de la saisine. Cependant les héritiers ne sont pas obligés de payer indistinctement toutes les dettes héréditaires ultra vires ; s'agit-il de dettes pénales, elles ne leur incombent qu'intra vires successionis : « *Car li hoir*, dit Beaumanoir (ch. 6, al. 29), ne sont à respondre es cas dont on les suit du meffet à lor devancier, fors en tant qu'il vint à aus. » S'agit-il au contraire de dettes contractuelles, ils en sont tenus pour le tout (Beaum., ch. 15, al. 4). Mais cela n'est vrai qu'avant le partage ; après le partage chaque héritier n'est plus tenu que « selonc le cantitè qu'il emporta des biens ; si comme s'il emporta la moitié, il est tenus à la moitié des dettes, et du plus plus et du mains mains. » (Beaum., ch. 6, al. 27). A la même époque cependant on voit le Grand coutumier de Normandie décider sans distinction, « que aulcun n'est tenu à respondre de la debte de son ancesseur de plus vaillant que ce qu'il a, et que son heritaige vault. » (chap. 88, *de querelle de debte.*)

Au XIV^e^ siècle apparaît un Droit nouveau. A cette époque les jurisconsultes, se trouvant en présence du Droit romain, introduisent le principe de la division des dettes entre les cohéritiers, sans pour cela proscrire l'action in solidum du vieux

Droit. Chaque héritier est désormais tenu d'une double action, action personnelle en vertu du quasi contrat que l'héritier fait avec les créanciers du défunt en appréhendant la succession, action hypothécaire comme bien tenant du défunt. Cette dernière action n'est pas autre chose que l'action in solidum de l'époque antérieure, et elle a été ainsi appelée pour se plier au langage du Droit romain. La dénomination qu'on lui donne est d'ailleurs tout à fait impropre, car cette action ne confère pas le droit de suite contre les tiers-détenteurs d'immeubles héréditaires ; mais elle donne le droit de poursuivre chaque héritier in solidum, et cela tant sur ses biens propres que sur ceux de la succession. Au contraire, l'action personnelle se donne contre l'héritier jusqu'à concurrence de sa part et portion. En outre cette action hypothécaire existe, que le défunt ait ou non consenti une hypothèque, et par conséquent elle peut être exercée même par les créanciers chirographaires du défunt.

Cette doctrine des jurisconsultes du XIV[e] siècle se trouve formulée dans le passage suivant du Grand coutumier : « Nota que contre ung héritier l'on peult bien faire action personnelle et hypothèque, la personnelle précède l'hypothèque, et se devise la personnelle en tant de parties comme il y a de héritiers, et l'hypothèque ne se devise point, mais peult l'en conclure hypothécairement et totalement, tant sur l'héritaige de l'hoir comme sur l'obligation. » (liv. 2, ch. XL, de succession, p.

369, édit. Laboulaye et Dareste).

Donc à cette époque le système de la division des dettes ne remplaça pas tout à fait l'ancienne doctrine coutumière, mais forma avec elle un système mixte.

Mais les jurisconsultes romanistes ne tardèrent pas à trouver exorbitant que le défunt en obligeant ses biens, pût obliger ceux de ses héritiers. Ne découvrant pas dans le Droit romain cette obligation générale des biens pour le tout entre les mains de chaque héritier, ils commencèrent par restreindre le champ d'application de l'action hypothécaire pour le tout et il fut admis qu'elle s'exercerait sur les seuls biens héréditaires. C'était décider qu'elle n'aurait plus lieu qu'intra vires hereditatis. Plus tard, sous l'inflence toujours croissante du Droit romain, ils en vinrent à assimiler complètement l'action hypothécaire par le tout à l'action hypothécaire du Droit romain qui impliquait une hypothèque antérieure à l'ouverture de la succession et née du vivant même du débiteur. L'héritier désormais ne fut tenu hypothécairement que si le défunt avait lui-même consenti hypothèque.

Ce système des jurisconsultes romanistes conduisait à une véritable iniquité. Les dettes étant divisées de plein droit, chaque héritier était tenu seulement pour sa part héréditaire, et son obligation était indépendante de celle de ses cohéritiers. L'insolvabilité de l'un ne devait pas retomber sur les autres, le créancier seul en supportait les con-

séquences, celui-ci ne pouvait demander aux autres héritiers la part de l'insolvable (nec prohis qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet, f. 33, pr., D., de leg. et fideic, 2°).

Aussi cette doctrine fut-elle repoussée par la jurisprudence du Châtelet de Paris qui admit pendant fort longtemps l'action hypothécaire pour le tout à raison des biens, de telle sorte qu'en cas d'insolvabilité de l'un des héritiers, les créanciers chirographaires du défunt pouvaient se retourner pour le tout contre l'autre, comme bien tenant du défunt. L'héritier se trouvait alors en perte, c'était de toute justice, *certat de lucro captando* (Voy. Coutumes not. du Chât. de Paris, nos 83, 86. — Décisions de Jean des Mares, n° 157).

Les jurisconsultes romanistes du XVIe siècle ne trouvèrent d'autre moyen de mettre les créanciers à l'abri du danger qui les menaçait que d'introduire dans le droit la séparation des biens.

Jusque-là il n'est pas question de ce bénéfice dont le besoin ne se faisait pas sentir. Tant que l'action *in solidum*, expression du Droit coutumier le plus ancien, subsista, c'est-à-dire jusqu'au XIVe siècle, les intérêts des créanciers se trouvèrent suffisamment sauvegardés. Il en fut encore de même, lorsque l'action hypothécaire pour le tout eut remplacé l'action *in solidum*. Pourtant, à partir de ce moment, une distinction devint nécessaire. Tout d'abord l'obligation hypothécaire dont l'héritier était tenu comprit aussi bien le patrimoine de

l'héritier que celui du *de cujus* et elle se confondit en définitive avec l'obligation *in solidum* de l'époque antérieure. Mais, lorsque les jurisconsultes romanistes l'eurent restreinte aux seuls biens héréditaires, il s'opéra une sorte de séparation de plein droit au profit des créanciers personnels de l'héritier contre les créanciers de la succession qui usaient de l'action hypothécaire. Cette théorie se trouve consacrée par un arrêt de 1563, duquel il résulte que les créanciers de l'héritier peuvent écarter des biens de ce dernier les créanciers du défunt agissant par cette action. Charondas, en effet, après avoir constaté qu' « outre cette particulière obligation, qui procède de la détemption de la chose spécialement hypothéquée par le deffunct, y a une générale hypothèque de tous les biens d'iceluy, qui fait que l'héritier est poursuivy personnellement pour telle part et portion qu'il est héritier, et hypothéquairement pour le tout, comme biens tenans du deffunct », ajoute : « La différence entre l'obligation personnelle et l'hypothéquaire, pour le regard de l'héritier, est qu'il peut personnellement estre contrainct en ses biens, mais hypothéquairement le créancier se doit addresser aux héritages et biens du deffunct et non de l'héritier. Et pour ceste cause j'ay veu juger par Arrest pour un nommé Sachot, du 8 may 1563, que le créancier de l'héritier pouvait faire distraire et séparer les héritages d'iceluy, de la saisie et criées qu'en faisait faire le créancier du deffunct, d'avec

ceux dudit deffunct..... et qu'en l'hypothèque des héritages de l'héritier, son créancier envers lequel il estait obligé, serait préféré au créancier du deffunct, encores que sa debte fust precedente, et que le deffunct eust obligé tous ses biens, et ceux de ses héritiers : parce que les biens de l'héritier ne luy sont hypothequez, sinon en conséquence de l'appréhension de l'heredite, et pour satisfaire à l'obligation personnelle » (Coustume de la ville, prev. et vic. de Paris, sur l'art. 335).

Enfin plus tard, lorsque l'action hypothécaire pour le tout, détournée de son véritable sens, fut assimilée à l'action hypothécaire du Droit romain qui impliquait la constitution d'une hypothèque antérieure par le *de cujus*, le besoin de protéger les créanciers de la succession se fit sentir, car ils n'avaient pas plus de droits sur les biens héréditaires que les créanciers de l'héritier. On jugea équitable de leur accorder un droit de préférence sur ces biens, et c'est ainsi que la séparation *bonorum* du Digeste s'introduisit dans le Droit coutumier.

CHAPITRE II

DES SUJETS ACTIFS ET PASSIFS DE LA SÉPARATION DES BIENS

I

Quels en sont d'abord les sujets actifs? De

même qu'en Droit romain, ce sont les créanciers héréditaires et les légataires. Dans ces limites, cette proposition s'applique incontestablement à tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, à ceux même dont le droit serait momentanément suspendu jusqu'à l'arrivée d'un terme ou d'une condition « au moins à l'effet, nous dit Pothier, que les créanciers de l'héritier ne pussent être payés sur les biens de la succession, qu'en leur donnant caution de rapporter à leur profit, si la condition de leur créance arrive. » Le doute qui pouvait exister en Droit romain sur le point de savoir si les créanciers conditionnels ou à terme peuvent demander la séparation, a disparu dans notre ancien Droit, puisque ce bénéfice ne s'y présente plus comme un accessoire obligé de la mise en vente des biens du débiteur.

Les créanciers hypothécaires ont-ils, comme les créanciers chirographaires, le droit d'invoquer la séparation des biens? Lebrun (loc. cit, n° 12) leur reconnaît formellement le droit de s'en prévaloir, car ils peuvent y avoir intérêt, dans l'hypothèse par exemple où l'héritier aurait hypothéqué ses biens présents et à venir à une date antérieure à l'hypothèque prise par les créanciers du défunt sur les biens de ce dernier ou bien dans l'hypothèse où certains objets de la succession, les meubles par exemple, ne seraient pas frappés de leur hypothèque. Les créanciers hypothécaires ont dans ces deux cas intérêt à empêcher la confusion

des patrimoines ; et comme ils n'ont, pour y parvenir, que la voie de la séparation, il est indispensable pour eux d'avoir recours à ce bénéfice, qu'aucun texte précis ne vient d'ailleurs leur refuser. Au contraire, selon Pothier, la séparation leur est inutile, du moins lorsque tous les biens de la succession sont susceptibles d'hypothèque, « la raison en est, dit-il, que l'action hypothécaire qu'ils ont, leur suffit pour être payés sur ces biens, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, qui ne peuvent être mis en ordre d'hypothèque sur ces biens, qu'après tous les créanciers hypothécaires du défunt ; car l'héritier leur débiteur, n'ayant leurs biens qu'à la charge des hypothèques des créanciers du défunt, n'a pu les hypothéquer à ses propres créanciers, que sous cette charge il n'a pu leur donner d'hypothèque qu'après celle des créanciers du défunt. » Tel est aussi le sentiment de Le Grand sur l'art. 83 de la *Coutume de Troyes* (gl. III, n° 16).

La séparation peut être demandée non-seulement par les créanciers proprement dis, mais même, avons-nous déjà dit, par les légataires d'un défunt (Ferrières, corps et compil. de tous les comm. anc. et mod. sur la *Cout. de Paris*, t. 2, tit. 8, art. CLXVIII, n° 35). Toutefois comme les légataires jouissent d'une hypothèque sur les biens héréditaires, (voy. Merlin, rép. V° Légataire, § 6, n° XIII), la séparation ne peut présenter pour eux quelque avantage que dans le cas où la succession

n'aurait pas d'immeubles suffisants pour garantir le paiement de leurs legs, ou bien encore, d'après Lebrun, dans le cas où les créanciers de l'héritier auraient acquis, en contractant, une hypothèque générale sur les biens présent et à venir de leur débiteur.

Enfin l'ancien Droit adopta encore les principes de la loi Romaine relatifs aux hypothèses où le patrimoine du *de cujus* a passé successivement entre les mains de plusieurs héritiers (Domat., les lois civiles, t. 1, 1re partie, liv. 3, tit. 2, de la séparation des biens, sect. 1, n° 7); où un débiteur principal ayant succédé à sa caution, le créancier demande contre les créanciers de ce débiteur la séparation des biens du défunt (Domat, n° 8); où le créancier du *de cujus* se trouve être lui-même son héritier pour partie (Domat, n° 11. Pothier, eod. loc.)

Mais il n'en fut pas de même relativement à la décision Romaine qui défendait aux créanciers de l'héritier de demander la séparation contre les créanciers du défunt. La majorité des auteurs (*) et la jurisprudence de la plupart des Parlements, rejetant la différence établie par le f. 1, § 2, *de separ.*, entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier, admirent que le droit de demander la sépara-

* Le Prestre, cent. 1, ch. 75, p. 244. Ferrière, loc. cit, n° 33. Guy du Rousseau de la Combe, sur d'Espeisses, tr. des Contrats, 3e partie, tit. 2, sect. 5, n° 12. Le Grand, sur l'art. 83. *C de Troyes*, gl. III, n° 17. Domat, loc. cit., préambnle. Espiard, sur Lebrun, loc. cit., 124e adition, p. 56 et 57.

tion des biens appartiendrait aux premiers comme aux seconds, lorsque l'héritier aurait accepté une succession onéreuse pour leurs créances. « C'est ce qu'attestent, dit Merlin (loc. cit., n° 5), pour le parlement de Paris, Brodeau, lettre H, § 19 ; pour le parlement de Dijon, Raviot, sur Perrier, quest. 291, n° 4 ; pour le parlement de Rouen, Basnage, traité des hypothèques, chap, 13 ; et pour le parlement d'Aix, Boniface, tome 2, liv. 4, tit.. 3, chap. 7. Ce dernier rapporte même un arrêt du 6 avril 1663, qui l'a ainsi jugé. » Ajoutons que ce dernier arrêt accordait la séparation des biens même aux légataires de l'héritier.

Comment fut-on amené à cette grave dérogation? Nous avons déjà rapporté un arrêt de 1563 duquel il résulte que, lorsque les créanciers de la succession agissaient par l'action hypothécaire à raison des biens, il s'opérait une sorte de séparation de plein droit des biens personnels de l'héritier au profit de ses créanciers personnels. Ceux-ci avaient le droit d'en écarter les créanciers du défunt. Il ne pouvait pas en être autrement, puisque cette action n'avait lieu que sur les biens héréditaires. Plus tard, lorsque le système de la *separatio bonorum* eut remplacé celui de l'action hypothécaire, on continua de permettre aux créanciers de l'héritier de demander la séparation contre les créanciers du défunt, de même que ceux-ci le pouvaient à leur égard.

En vain d'autres jurisconsultes d'une autorité

incontestée s'étaient-ils élevés contre cette extension si contraire aux règles du Droit romain. En vain Henrys (Œuvres to. 2, liv. 4, ch. 6, quest. 28, n° 2), d'Espeisses (*Tr. des Contrats*, 3e partie, tit. 2, sect. 5, n° 12), Bourjon (*Le Droit commun de la France*, t. 1, *des Succ.*, 2e part., ch. XII, sect. 6, n° 28), Lebrun (loc. cit., nos 13 à 20), et Pothier tenaient-ils pour la doctrine Romaine. L'opinion contraire avait prévalu. « Cette subtilité n'a pas été goûtée dans notre usage, » disait Domat, et Bretonnier dans ses observations sur Henrys, après avoir constaté qu'en France l'usage et la jurisprudence des arrêts accorde aux créanciers de l'héritier la séparation des biens contre les créanciers du défunt, va jusqu'à dire que Lebrun a donné dans plusieurs opinions singulières, entre autres que les créanciers de l'héritier ne peuvent demander la séparation de ses biens d'avec ceux du défunt.

Mais tous les jurisconsultes sont d'accord pour leur permettre de faire révoquer l'acceptation faite par leur débiteur insolvable d'une succession notoirement mauvaise, en fraude de leurs droits. « Ceci même, dit Lebrun (loc. cit, n° 20, *in fine*), se terminerait à une action révocatoire, et ne serait pas cette action directe en séparation de biens de laquelle il s'agit ici. »

II

Quant au point de savoir quels sont les sujets passifs de ce bénéfice, les règles du Droit romain sont observées. Pothier nous apprend que la séparation peut être demandée contre tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils soient, même contre le fisc.

CHAPITRE III.

DES CONDITIONS SOUS LESQUELLES LA SÉPARATION DES BIENS EST ACCORDÉE.

Conformément aux dispositions des Lois romaines, pour être admis à demander la séparation des biens, il faut remplir les trois conditions suivantes :

1° Les biens du défunt ne doivent pas être confondus avec les biens personnels de l'héritier, de manière à rendre toute distinction impossible (Bourjon, loc. cit., n° 26 — Lebrun, n° 23).

2° La demande en séparation doit être formée

tant que les choses sont encore entières, c'est-à-dire avant que l'héritier ait aliéné de bonne foi les biens de la succession (Domat, loc. cit., n° 5 — d'Espeisses, n° 13).

Mais tant qu'ils existent dans les mains de l'héritier et qu'ils peuvent être démêlés d'avec ceux desquels il s'agit de les séparer, le bénéfice de séparation s'applique à « toute sorte de biens » (Lebrun, loc. cit., n° 24). En cas d'aliénation, le droit des créanciers séparatistes atteint le prix qui pourrait en être encore dû.

Mais que décider relativement aux biens rapportés par l'héritier donataire du défunt, à la masse partageable? Ces biens ainsi rapportés doivent-ils être réputés des biens du défunt dans la séparation et les créanciers héréditaires peuvent-ils par conséquent exercer sur eux leur droit? Lebrun (loc. cit., n° 28) examine cette question qui est du reste très controversée. Il pense que le droit des créanciers séparatistes ne peut s'exercer en aucun cas sur les biens rapportés. Pothier partage cette opinion. La raison de décider ainsi est que le rapport n'a lieu que pour l'égalité des partages, que par conséquent les choses données ne sont réputées biens de la succession que par une fiction au profit des co-héritiers du donataire, et non pas au profit des créanciers de la succession, lesquels ne peuvent se prévaloir de cette fiction qui n'a pas été faite pour eux. Mais Bourjon est d'avis contraire et pense que les créanciers du père défunt peuvent

bénéficier du bien rapporté à la masse. « En effet, dit-il (loc. cit., n° 27), au moyen du rapport, le bien rapporté est devenu un bien de la succession, et a cessé totalement d'être à l'héritier, jusques-là que les hypothèques de son chef sur icelui sont effacées et resserrées sur son lot... »

L'opinion de Lebrun nous paraît cependant plus juridique ; car de deux choses l'une : ou le droit des créanciers est né postérieurement à la donation que le *de cujus* a faite à son successible, ou il est né antérieurement. Si la créance est postérieure, il leur est impossible de prétendre aucun droit sur le bien rapporté, puisqu'ils ont traité avec leur débiteur à un moment où ce bien n'était plus dans son patrimoine. Si la créance est antérieure, la donation leur cause un préjudice. Aussi, lorsqu'elle est frauduleuse, ils peuvent la faire tomber par l'action Paulienne du Droit romain ; mais, dans notre espèce, les créanciers ne prétendent point que la donation a été faite en fraude de leurs droits, ils en demandent le rapport. A ce point de vue leus prétention n'est pas fondée ; car le bien sur lequel ils comptaient, ayant été aliéné par leur débiteur, est sorti de leur gage en même temps que de son patrimoine. Cette aliénation doit être définitive quant à eux, comme elle le serait si le donataire, au lieu d'être l'héritier de leur débiteur, lui était étranger.

3° Les créanciers du défunt ne doivent pas avoir accepté cum eligentis mente l'héritier pour leur

débiteur personnel à la place du *de cujus*, en manifestant d'une manière quelconque qu'ils entendaient suivre sa foi et se contenter de son obligation (d'Espeisses, loc. cit., n° 14). Une novation avec l'héritier n'est pas nécessaire pour mettre obstacle à l'exercice de leur droit. Cependant Pothier paraît ne pas être de cet avis, car il appelle novation l'acceptation de l'héritier pour débiteur personnel à la place du défunt : « cette séparation ne peut être demandée par les créanciers du défunt, lorsqu'ils ont fait la novation de la créance qu'ils avaient contre le défunt, en une créance contre son débiteur, en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt... » Mais pour nous l'expression employée par le grand jurisconsulte, a son explication. Il s'agit ici, non pas d'une novation proprement dite, mais d'une novation toute spéciale à notre bénéfice. Pothier est parti de cette idée que la séparation dans les rapports réciproques des créanciers entre eux fait revivre le *de cujus*, met en présence deux patrimoines, deux débiteurs, deux classes de créanciers, ceux du défunt et ceux de l'héritier. Si les premiers suivent la foi de l'héritier et se contentent de son obligation, ils renoncent par là même à la qualité qui leur donnait droit au bénéfice de séparation, ils cessent d'être créanciers de la succession pour devenir ceux de l'héritier ; ils prennent ce dernier pour débiteur alors qu'ils auraient pu conserver la succession pour débitrice. En se plaçant à ce point

de vue, on peut dire que relativement à la séparation des biens il y a novation par changement de débiteur.

A ces trois conditions le Droit romain en ajoutait une autre : les demandeurs en séparation devaient, à peine de déchéance, agir dans le délai de cinq ans à partir de l'adition. Cette disposition fut repoussée par l'ancienne jurisprudence des pays de Droit coutumier. Il fut permis aux créanciers de demander la séparation, tant que les biens de la succession pourraient « facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier » (Pothier — Brodeau, comm. de la C. de Paris, t. 2, art. CLXVIII, § 8 — Ferrière loc. cit., n° 34 — Observ. de Gueret dans le Prestre, cent. 1, ch. 75, p. 244 — Lebrun, n° 23).

Toutefois, la prescription quinquennale fut admise par les pays de Droit écrit (V. Argou, Inst. au Dr. fr., liv. IV, ch. 4; — d'Espeisses, n° 16) et dans les provinces belgiques où, au rapport de Merlin (loc. cit., n° 4) les principes du Droit romain étaient scrupuleusement suivis, avec cette modification due à l'introduction de la maxime : Le mort saisit le vif, que le délai de cinq ans devait se calculer, non plus à partir de l'adition, mais à compter de l'ouverture de la succession. Le Parlement de Flandres appliquait cette prescription aux meubles comme aux immeubles. Mais dans quelques parties de la France, on distinguait entre les meubles et les immeubles en rejetant la prescription

quinquennale pour ceux-ci et en l'appliquant aux autres. Il en était ainsi au Parlement de Dijon, comme nous l'atteste Raviot (§ 8, *de ses observ. sur les arrêts,* not. du Parl. de Dijon, to. 2, quest. CCXCI, p. 493 et 494, arrêt du 5 mai 1689). La même distinction était admise par la jurisprudence du Châtelet de Paris, au rapport de Bourjon (loc. cit., n° 26). Cette dernière jurisprudence a servi de base à l'article 880 du Code civil, qui a seulement réduit le délai de la prescription romaine à trois ans.

CHAPITRE IV

DES FORMES DANS LESQUELLES LA SÉPARATION DES BIENS DOIT ÊTRE DEMANDÉE

En Droit romain, l'intervention du préteur était nécessaire pour qu'on pût exercer la séparation de biens. Comme dernier vestige de la procédure romaine et comme imitation du *decretum prætoris*, on retrouve au début, dans notre ancien Droit, l'obligation d'obtenir des chancelleries, des présidiaux et des parlements, des *Lettres royaux de séparation*, à l'effet de pouvoir introduire en justice la demande en séparation. Les créanciers de la succession, s'ils

veulent invoquer ce bénéfice, doivent donc au préalable se pourvoir auprès de la chancellerie, aux fins d'obtenir des lettres de séparation. C'est ce qui nous est attesté par Bacquet (*Tr. des droits de justice*, nº 426), par le Prestre (loc. cit.), ainsi que par Automne (*Conf. du Dr. fr. avec le Dr. r., ad* tit VI, *de sep.*). La raison de cet usage, c'est que la séparation des biens ayant pour fondement une disposition de Droit romain, ne pouvait dès lors être appliquée qu'en vertu de l'autorité du prince, qui remplaçait celle du préteur. C'était en même temps une source de revenus pour le trésor royal, car ces lettres ne s'obtenaient que moyennant finances.

Mais bien longtemps avant la loi du 7 septembre 1790, qui supprima d'une manière générale l'usage de ces lettres, cette formalité de procédure était tombée en désuétude en notre matière, probablement dans le courant du dix-septième siècle. C'est à cela que fait allusion Lebrun, lorsqu'il nous dit (nº 25, *in fine*) : « L'on prenait autrefois des lettres de chancellerie pour cette séparation.... mais cela s'est aboli par un usage contraire. » En outre, Argou (loc. cit.) constate que la pratique de ces lettres n'était plus conservée que dans quelques parlements de Droit écrit, comme ceux de Toulouse, de Grenoble et d'Aix, plus fidèles à ce qui avait une origine romaine.

Quelle fut alors la marche suivie par les créanciers d'une succession pour profiter du bénéfice de

la séparation de biens? En d'autres termes, il s'agit de savoir si, depuis la disparition des lettres royaux, il suffit aux créanciers de la succession d'opposer notre bénéfice aux créanciers personnels de l'héritier, indépendamment de toute demande et sous forme d'exception, ou bien si, au contraire, son exercice demeura soumis à la nécessité d'une demande préalable portée de *plano* devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession. Répondre à cette question n'est pas chose facile, car nos anciens auteurs ne paraissent pas s'entendre sur ce point, et parfois même leur langage n'est pas d'accord avec le système qu'ils semblent avoir adopté. D'un côté, nous voyons Argou affirmer que dans le Parlement de Paris la séparation se fait de plein droit. Écoutons Basnage : « Suivant nos usages, dit-il, dans son *Traité des hypothèques* (1re partie, ch. XIII, p. 278), il n'est point besoin de demander la séparation des biens immeubles du défunt et de son héritier ; mais les créanciers du défunt sont payés sur les biens par préférence à ceux de l'héritier. » Lebrun (n° 24, *in fine*) est plus affirmatif encore : « La séparation des patrimoines est de plein droit parmi nous et non sujette à demande. » Enfin, l'article XLVI des *Arrêtés* de Lamoignon (2e partie, titre *des actions personnelles et hypothéquaires*) porte : « Et seront les créanciers du deffunt hypothéquaires, chirographaires, et par simple action, préférez sur tous les biens meubles et immeubles dudit deffunt, aux créanciers parti-

culiers de l'héritier, même après cinq ans, sans qu'il soit nécessaire de faire une demande précise par la séparation de biens.... »

Mais, d'un autre côté, nous lisons dans Ferrière (n° 34, *in fine*) que « la demande de la séparation n'est pas beaucoup nécessaire, mais c'est l'usage. » Pothier, à son tour, dit « que les créanciers et légataires ont droit d'obtenir du juge la séparation ». En outre, on voit les anciens auteurs se servir continuellement de ces expressions : « la demande en séparation des biens appartient aux créanciers du défunt..... ceux qui demandent la séparation, etc..... » Toutefois, il ne faut pas y attacher une grande importance, car elles se retrouvent même chez les jurisconsultes tels que Basnage, Lebrun, qui se prononcent explicitement contre la nécessité d'une demande préalable. Il semble que ces mots sont restés après la disparition des lettres de chancellerie, avec une signification toute autre que celle qu'ils avaient originairement. Nous sommes convaincu que ces expressions, chez les anciens auteurs, n'impliquent pas la nécessité d'une demande qu'ils déclarent eux-mêmes inutile. Ces mots ne sont plus qu'un abus de langage par lesquels on veut désigner le droit lui-même de préférence que les créanciers de la succession peuvent invoquer, opposer.

En résumé, voici quelle serait notre solution sur ce point : Lorsque les lettres de séparation ne furent plus employées, il suffit, mais il fallut pré-

senter une demande au juge. Plus tard, et tel fut le dernier état du Droit, la demande ne fut même plus nécessaire et le bénéfice de séparation appartint de plein droit aux créanciers et légataires du défunt. En conséquence, lorsque les biens de la succession étaient mis en vente, ils n'avaient qu'à se présenter et à demander d'être colloqués de préférence aux créanciers personnels de l'héritier; ils opposaient ainsi leur droit par voie d'exception. Seulement, si la chose, c'est-à-dire la demande préalable disparut, le mot resta, par la force de l'habitude sans doute, et les auteurs continuèrent à se servir de la locution demande en séparation, a une époque où elle n'impliquait plus la nécessité d'une demande préalable, devenue désormais inutile dans la plupart des cas

CHAPITRE V

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DES BIENS

La séparation des biens, dans l'ancien Droit, se présente sous la forme d'une fiction qui laisse subsister la saisine et qui suppose entre les créanciers deux patrimoines et deux débiteurs.

D'une part, en effet, Lebrun nous apprend (loc. cit., nº 26, *in fine*) que la séparation n'est pas capable d'effacer l'adition d'hérédité et ne sert point d'exception au principe : *Qui semel heres fuit nunquàm desinit esse heres.* Les créanciers, en invoquant ce bénéfice, cherchent une sûreté contre l'insolvabilité de l'héritier, mais « ils n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préférés sur ses biens aux créanciers de l'héritier » (Pothier). Nonobstant la séparation obtenue, l'héritier a toujours l'administration et la pleine disposition des biens héréditaires qui ne sont plus remis, comme en Droit romain, à un curateur chargé de les administrer et à un *magister* chargé de les vendre pour le compte de tous les intéressés. Il n'y a plus en fait de séparation entre les deux patrimoines du défunt et de l'héritier : celui-ci n'est dessaisi d'aucun de ses droits.

D'autre part, la séparation des biens ne produit ses effets qu'entre deux classes de créanciers qui ont vis-à-vis l'une de l'autre un droit de préférence. Dans leurs rapports entre elles, il y a deux patrimoines, deux débiteurs, l'héritier et le défunt, chacun avec ses propres créanciers et ses propres biens affectés au paiement de ses dettes personnelles ; et, de même que les créanciers de la succession sont payés sur les biens héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier,

de même ceux-ci sont payés à l'exclusion des créanciers de la succession sur les biens ne provenant pas du défunt. Mais les deux classes de créanciers ne sont séparées que l'une à l'égard de l'autre, et non pas à l'égard de l'héritier. Dans leur relations avec ce dernier, la règle que la séparation des biens laisse subsister la saisine reprend tout son empire. L'héritier ne pourra donc jamais se refuser à désintéresser les créanciers de la succession sur ses biens personnels, ni ses créanciers personnels sur les biens héréditaires.

Tel est le système de Lebrun et de Pothier. Il fut généralement admis par l'ancienne jurisprudence. Loysel nous dit dans ses *Institutes coutumières* (liv. III, tit. 7, *des gages et hyp.*, act. XII) : « Et néanmoins, en séparation de biens, les créanciers chirographaires du défunt sont préférés à tous les créanciers de son héritier. » Bourjon (n° 25) n'est pas moins explicite : « Les créanciers de la succession sont préférés sur les biens qui en proviennent aux créanciers personnels de l'héritier, qui ne peut avoir que ce qui reste de biens libres après l'acquittement des dettes. » En rentrant dans son patrimoine, ce reliquat rentrera dans le gage de ses créanciers.

Mais à l'inverse, s'il ne se trouve pas dans la succession de quoi payer intégralement les créanciers héréditaires, ceux-ci pourront-ils, après l'avoir épuisée, revenir sur le patrimoine de l'héritier? Nous avons déjà exposé la fameuse controverse

qui existait sur ce point entre Paul et Ulpien d'une part, et entre Papinien de l'autre, ce dernier permettant aux créanciers du défunt de se faire payer sur ce qui restait des biens de l'héritier, après ses dettes acquittées, les deux autres, au moins Paul, le leur refusant impitoyablement. Dans l'ancien Droit, d'Espeisses (loc. cit., n° 9) reproduit la doctrine formulée par Paul et Ulpien, ainsi que les motifs sur lesquels ces jurisconsultes la basaient. Mais repoussée par l'annotateur de d'Espeisses lui-même, Guy du Rousseau de la Combe, cette opinion ne prévalut point, et ce fut le système de Papinien que notre ancienne jurisprudence adopta presque universellement. Telle est l'opinion de Domat (loc. cit., n° 9), de Lebrun (n° 26) qui regarde l'autorité du grand Papinien comme un contre-poids suffisant contre tous les autres. Pothier suit en tous points la même doctrine : « Car la séparation de biens introduite en leur faveur, dit-il, en parlant des créanciers de la succession, ne doit pas être retorquée contre eux ; en la demandant, ils n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux, par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préférés sur ses biens, aux créanciers de l'héritier. »

Ce système de Pothier a été critiqué. On lui a reproché, comme à celui de Papinien, d'être illogique. S'il est vrai que la séparation ne porte aucune atteinte à la saisine, si elle laisse subsister l'obligation personnelle que l'héritier a contractée

envers les créanciers de la succession, si on ne peut la retorquer contre eux, il faut nécessairement leur reconnaître le droit de venir sur les biens de l'héritier, non pas subsidiairement, mais en concours avec ses créanciers personnels. L'objection semble fondée, puisque Pothier ne trouve pour y répondre qu'un motif d'équité : « Car, dit-il, puisqu'on leur sépare ceux de la succession dans lesquels les créanciers de l'héritier pourraient demander une concurrence avec eux, comme étant lesdits biens de la succession devenus les biens de l'héritier, par l'acceptation de la succession, il est équitable qu'en conséquence les créanciers de la succession leur laissent les biens de l'héritier. » Mais il y a plus que cette considération d'équité pour répondre à l'objection, on peut fournir contre elle un argument plus juridique, en disant que pour Pothier comme pour Papinien, la séparation n'existe pas à l'encontre de l'héritier, mais seulement de ses créanciers : elle est purement relative, c'est-à-dire son effet est limité aux rapports de deux classes de créanciers entre elles. Tant qu'elles se trouvent en présence, le défunt est réputé vivre encore : si l'une d'elles disparaît, la fiction établie pour régler leurs rapports s'évanouit et l'on revient à l'application du Droit commun au profit de l'autre.

Il reste à nous demander pour quelle part les créanciers de la succession peuvent exercer le droit de préférence résultant de la séparation ; en d'au-

tres termes la séparation des biens fait-elle obstacle à la division des dettes entre les co-héritiers ? Cette question ne saurait être douteuse, si l'on se rappelle la marche qu'a suivie l'institution de la séparation des biens pour pénétrer dans notre ancien Droit. Nous avons admis qu'elle fut introduite dans le courant du XVI[e] siècle, précisément parce qu'à cette même époque le principe de la division des dettes fut appliqué d'une manière absolue. A ce moment l'action hypothécaire pour le tout est complètement assimilée à l'action hypothécaire telle que l'a déterminée le Droit romain ; mais on sent le besoin de remplacer cette garantie par une autre, et c'est la séparation qui est appelée à jouer ce rôle. En même temps les dettes se divisent entre les héritiers d'une façon absolue, chacun d'eux n'en est tenu que pour sa portion héréditaire, cette divisibilité est de Droit commun. Il s'ensuit que les créanciers de la succession, au lieu d'avoir un débiteur unique en ont plusieurs, et qu'ils ne peuvent demander la séparation vis-à-vis de chacun que pour la part des dettes à laquelle cet héritier est tenu personnellement. Parmi les anciens jurisconsultes, aucun ne semble avoir soupçonné que ce bénéfice pût porter atteinte au principe de la divisibilité des dettes. Loin de là, d'après le témoignage de Merlin, ceux qui, comme Renusson, Mornac, Bacquet, Furgole, se prononçaient pour l'indivisibilité de l'hypothèque des légataires, question alors très controversée, se basaient sur ce

qu'une hypothèque tronquée et mutilée par la division, ne remplirait pas les vues du législateur ; « elle n'ajouterait même rien par rapport à l'héritier, au bénéfice de séparation. » (Merlin, V° légataires, § 6, n° 14).

L'on voit par tout ce qui précède, que la séparation des biens, en passant dans notre ancien Droit, subit dans ses caractères et ses applications des transformations très importantes ; et par les modifications que l'ancienne jurisprudence apporta à cette institution, elle la fit véritablement sienne. Au reste, il ne paraît pas que ce bénéfice y ait été fréquemment appliqué. Ce fait qui explique le mutisme des auteurs sur tant de points intéressants, le petit nombre des décisions judiciaires, est la conséquence du système hypothécaire alors en vigueur. L'hypothèque étant opposable aux tiers indépendamment de toute publicité, la séparation n'était pas d'une grande utilité pour les créanciers hypothécaires de la succession. Si maintenant l'on considère d'une part que tout acte exécutoire, jugement ou acte notarié, emportait de plein droit hypothèque, d'autre part que certains Parlements admettaient l'hypothèque sur les meubles eux-mêmes (Rouen, Rennes, Toulouse, V. Merlin, rép., V° hypo., sect. 1, § 3, n° 1), il sera facile de se faire une idée de la multiplicité des hypothèques dont les biens des particuliers étaient alors grevés, et de comprendre pourquoi la séparation des biens attira si peu l'attention de nos anciens

jurisconsultes. Le Châtelet de Paris de son côté conserva pendant fort longtemps l'action hypothécaire à raison des biens, et bien que cette action ne produisit pas les mêmes effets que la séparation des biens, elle protégeait suffisamment les les créanciers chirographaires d'une succession.

TROISIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

INTRODUCTION

De l'ancien Droit, le bénéfice de séparation passa dans la législation intermédiaire. Mais il ne paraît pas que, dans cette période toute transitoire, la séparation ait en aucune façon occupé les législateurs de l'époque. Elle ne se trouve rappelée que dans une disposition fort laconique de la loi du 11 brumaire an 7. Tandis que l'art. 2 de cette loi subordonne l'effet des hypothèques et des priviléges sur les immeubles à la formalité d'une

inscription, l'art. 14 (n° 4) après avoir réglé leur ordre de collocation, se termine par la phrase suivante : « Le tout sans préjudice du droit qu'ont les créanciers des personnes décédées et les légataires, de demander la distinction et la séparation des patrimoines conformément aux lois. Ainsi, tandis qu'une révolution complète vient de s'opérer dans le régime hypothécaire, le bénéfice de séparation reste debout au milieu des anciens usages. La seule innovation, introduite par le législateur de Brumaire, consiste à appeler séparation des patrimoines ce qui jusque-là avait reçu la qualification de séparation des biens. Mais sauf ce point peu important, ce bénéfice est maintenu tel qu'il existait autrefois, avec sa nature, ses effets et indépendamment de toute formalité de publicité. (Voy. Rouen, 11 germ. an 2, S. 1. 2. 126 — Paris 14 floréal an 2, S. 1. 2. 135 — Cass. 22 janv. 1806, S. 2. 1. 209 — Turin, 7 mars 1810, S. 3. 2. 226 — Cass. 9 av. 1810, S. 3. 1. 172).

Tel était l'état de la législation lorsque parut le Code civil. Qu'ont voulu ses rédacteurs ? Si d'une part on consulte les textes du Code, on trouve dans le titre des successions quatre articles fort courts (art. 878-881) qui ont la prétention de poser les bases de cette matière si importante et si délicate : puis au titre des Privilèges et hypothèques apparaît un article unique (art. 2111), isolé et comme perdu au milieu de textes avec lesquels il semble n'avoir aucune liaison juridique. Une con-

dition de Droit nouvelle, consistant dans une inscription prise sur les immeubles de la succession, est désormais exigée pour l'exercice et la conservation de notre bénéfice, absolument comme s'il s'agissait d'un privilège. Et alors se pose la question de savoir si les rédacteurs du Code civil ont entendu modifier les règles d'abord posées au titre des successions: si bien qu'aujourd'hui on est encore à se demander et à rechercher quel est au vrai le caractère même de la séparation, notamment à l'égard des immeubles, et quels sont ses effets. D'autre part consulte-t-on les travaux préparatoires du Code, qui sont d'ordinaire une source si abondante, on est étonné du peu de lumières qu'ils offrent: la discussion au Conseil d'Etat est nulle, les articles sont adoptés presque sans observation. Portalis dit cependant qu'au titre des successions, on a entendu consacrer la théorie de Pothier. Treilhard (V. Locré, *Lég. de la France,* t. 10, n° 35, p. 201) dans son exposé des motifs, exposé où du reste la séparation des patrimoines n'est pas même nommée, se contente de dire que le projet conserve les droits des créanciers sur tous les biens de la succession et qu'il n'a rien que de conforme à ce qui s'est pratiqué jusqu'à ce jour.

De là des critiques unanimes. « Il n'est pas de matière du Droit privé sur laquelle les auteurs de notre Code civil aient plus vaguement exprimé leur pensée, je pourrais même dire, sur laquelle

ils aient eu des idées moins arrêtées que sur le bénéfice de séparation des patrimoines » (Blondeau, *Traité de la sép. des patr.*, p. 473, note 1).

Où doit-on dès lors chercher des éclaircissements, pour suppléer au silence de nos lois ? Evidemment c'est dans les législations antérieures auxquelles ce droit a été emprunté ; c'est d'abord dans la législation Romaine où il a pris naissance, c'est ensuite dans notre ancien Droit. Lorsqu'il s'agit d'emprunts faits aux lois antérieures, le système de notre Code ne doit jamais être apprécié à part et abstraction faite de ce qui l'a précédé. Ceci est surtout vrai pour la séparation des patrimoines.

CHAPITRE I

NATURE LÉGALE DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

« La séparation des patrimoines est un bénéfice légal au moyen duquel tout créancier d'une succession et tout légataire peut, en accomplissant certaines conditions, faire cesser la confusion juridique du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier, ou de tout autre successeur universel, afin de se soustraire au préjudice que cette confusion

serait de nature à lui occasionner. » (MM. Aubry et Rau, *C. de dr. civil. fr.* t. 6, § 619, 4e édit.)

Nous ne reviendrons pas ici sur l'idée générale de la séparation ni sur les raisons qui en ont motivé l'introduction dans le domaine du Droit. Le même principe sur lequel reposait cette institution, dans les lois Romaines comme dans la législation coutumière, se retrouve dans le Droit actuel; l'équité exige que les biens qui étaient le gage des créanciers pendant la vie de leur débiteur, restent leur gage après sa mort. Mais il importe, en commençant l'étude de ce bénéfice, sous l'empire du Code civil, de déterminer aussi nettement que possible quelle est la nature légale du droit conféré aux créanciers d'une succession par la séparation des patrimoines: est-ce un privilége ou n'est-ce qu'un simple bénéfice? La question est capitale et depuis les commencements de la rédaction du Code civil donne lieu à des discussions sans fin dans la doctrine et dans la jurisprudence. Deux systèmes bien tranchés sont en présence, et suivant que l'on adopte l'un ou l'autre, on se trouve entrainé à des conséquences diamétralement opposées.

Le premier de ces systèmes peut se formuler de la manière suivante : La séparation des patrimoines vaut: privilége, si l'inscription en est faite dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 2111, al. 1); hypothèque, en cas d'inscription tardive (art. 2113). La circonstance qui a donné naissance à ce système, c'est que d'une part la loi

s'occupe de notre bénéfice au titre 18, *des Privilèges et Hypothèques,* sous la rubrique de la section 4 intitulée : *Comment se conservent les Priviléges*, et que d'autre part l'art. 2111 qui soumet à la formalité de l'inscription la conservation de ce droit lui donne formellement la qualification de privilége (*).

Pour le système opposé, cette qualification est impropre et la séparation des patrimoines est un simple bénéfice personnel accordé à la masse des créanciers de la succession contre la masse des créanciers particuliers de l'héritier (**).

Ces doctrines se séparent par des différences tout à fait radicales, dont voici les plus importantes :

Acceptons-nous, en effet, le premier système ; logiquement nous dirons : 1° que le séparatiste a non-seulement un droit de préférence contre les créanciers de l'héritier, mais encore un droit de suite contre le tiers-acquéreur d'un immeuble héréditaire (art. 2166), et avec ce droit tous ceux qui en découlent, à savoir le droit de surenchère, le droit d'exproprier faute de paiement, de délaisser

* Sic Delvincourt, C. de C. civil, t. 2, p. 179, 180. — Blondeau, loc. cit., p. 479. — Duranton, C. de C. civil, t. 7, n° 490, t. 19, n° 214. — Demante, C. analyt., t. 3, n° 222 bis. — Flandin, de la transcr. hyp., t. 2, n° 1055. — Demolombe, tr. des Succ., t. 5, n°s 206 et s. — Nimes, 16 fév. 1829, s. 29. 2. 214. — Colmar, 3 mai 1834, s. 34. 2. 678. — Orléans, 22 août 1840, s. 41. 2. 513. — Metz, 27 mai 1868, s. 68. 2. 281. — Req. 27 juillet 1870, s. 72.1. 153.

** Sic Troplong, priv. et hyp., t. 1, n° 323 — Pont, des priv. et hyp., t. 1, n° 299 — Verdier, transcr., t. 2 n° 502 — Labbé, note sur l'arrêt de la C. de Cass. du 27 juillet 1870 — Aubry et Rau, § 619, p. 500 et 501 — Aix, 18 mars 1873, S. 74. 2. 25.

ou de purger ; — 2° que le droit séparatif est indivisible (art 2114, al. 2). Nous verrons cependant les partisans de la thèse du privilége et du droit de suite se diviser sur ce point particulier ; — 3° que l'art. 6, al. 1 de la loi du 23 mars 1855 est applicable au privilége de séparation.

Se place-t-on dans le second système : aucune de ces conséquences ne se produit. La séparation des patrimoines étant un simple bénéfice n'engendre, en faveur des créanciers héréditaires et des légataires, qu'un droit de préférence contre les créanciers de l'héritier, soit sur le prix de la vente forcée des immeubles grevés de leurs inscriptions soit sur le prix d'une vente volontaire.

Les conséquences pratiques de la décision à intervenir sur la nature du droit des créanciers séparatistes étant bien constatées, il faut maintenant aborder la question elle-même. Pour le moment nous ne l'examinerons qu'au point de vue du droit de suite. Si le Code ne l'a pas accordé aux séparatistes, la séparation des patrimoines sera un simple bénéfice ne conférant qu'un droit de préférence, car on ne saurait dire qu'il y a privilége là ou le droit de suite est rejeté. Il est impossible de soutenir sérieusement qu'un privilége peut être restreint à un simple droit de préférence, sans emporter le droit de suite. Autre chose est un simple droit de préférence, autre chose est un privilége. Sans doute le droit de préférence est de l'essence du privilége, tandis que le droit de suite n'est, peut-on

dire, que de sa nature, en ce sens que parfois cette dernière garantie manque. Mais s'il en est ainsi, remarquons-le bien, cela tient uniquement à la nature des objets sur lesquels il porte. Dès que ce motif particulier ne se retrouve plus, le droit de suite doit reparaître.

Ainsi posée, la question ne s'applique évidemment qu'aux immeubles faisant partie de la succession ; sur les meubles il ne saurait être question d'un droit de suite. Telle est la conséquence de la maxime : en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279, al. 1), et plus spécialement aussi de cette autre maxime, qui n'en est que le corollaire : les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2119). Aussi de l'avis de tous, la séparation des patrimoines par rapport aux meubles attribue aux créanciers qui la demandent un droit de préférence vis-à-vis des créanciers de l'héritier, mais ne constitue pas un privilége, dans le sens véritable du mot, avec toutes les prérogatives qui y sont attachées. La controverse ne porte donc que sur le droit de séparation considéré relativement aux immeubles.

Eh bien, à notre avis, l'opinion qui ne voit dans la séparation des patrimoines qu'un simple bénéfice dénué du droit de suite, est plus conforme : 1° aux précédents historiques ; 2° à notre loi, telle qu'elle est faite actuellement ; 3° au but même de la séparation.

1° *Précédents historiques*. — C'est un principe

traditionnel que la séparation des patrimoines constitue un simple droit de préférence et non un privilége. En effet, le Droit romain ne qualifia jamais et ne put qualifier privilége le droit des créanciers de la succession, et cela pour deux motifs. Le premier, c'est que selon les lois Romaines le créancier privilégié était primé par toute hypothèque, même postérieure en date (Const. 9, C., qui pot. in pig., 8, 18), tandis que le f. 1, § 3, de sep., fait passer sur l'actif successoral le séparatiste avant tout créancier même hypothécaire de l'héritier. Le second motif, c'est qu'en cas de séparation des patrimoines on expropriait séparément les biens du défunt et ceux de l'héritier, tandis que dans les cas ordinaires tous les biens d'un débiteur étaient compris dans une seule et même expropriation, sauf que, quand il s'agissait d'en distribuer le prix, les créanciers privilégiés étaient payés avant les créanciers chirographaires. Ces deux motifs ne se retrouvent plus dans notre ancien Droit: mais il ne faut pas en conclure qu'il rangeât notre bénéfice parmi les priviléges, et cela encore pour deux raisons. La première, c'est qu'il n'était pas reçu dans le langage de la théorie que ce droit constituât un privilége, bien que certains auteurs, en particulier Bourjon (*loc. cit.*, nos 25, 26, 27) et Raviot (*sur Perrier*, t. 2, quest. CCXCI, § 7) lui donnent la qualification formelle de privilége, sans doute à cause du droit de préférence qu'il établit au profit des créanciers de la succes-

sion sur les biens héréditaires. La seconde raison, c'est qu'à l'exemple du Droit romain, l'ancienne jurisprudence ne reconnaissait pas aux séparatistes le droit de suite, et pourtant déjà à cette époque les priviléges immobiliers jouissaient de ce droit. La séparation n'était en effet possible que tant que les biens se trouvaient entre les mains de l'héritier : « Il n'est plus temps, dit Lebrun (*loc. cit.* n° 25), de la demander après que l'héritier a vendu les biens de la succession. » Pourquoi? Sans doute parce que les tiers acquéreurs ne peuvent être inquiétés par les séparatistes. Et c'est ce qui a été jugé, en effet, par un arrêt rapporté dans Boniface, t. 5, liv. 1, t. 30, ch. 2, p. 189 et s.

Le législateur de Brumaire maintint le bénéfice de séparation tel qu'il existait dans l'ancien Droit avec sa nature et ses effets, par conséquent dépourvu de tout droit de suite ; car loin de le soumettre au système de publicité qu'il établissait, il le considéra au contraire comme une exception aux priviléges et hypothèques (Sic Cass., 22 janv. 1806, s. 2. 1. 209) et comme pouvant venir intervertir l'ordre de collocation ouvert entre créanciers hypothécaires inscrits.

On a cependant prétendu retrouver des traces de ce droit de suite, soit dans le Droit romain, soit dans l'ancien Droit. « C'est ainsi, dit M. Demolombe (n° 209), qu'à Rome on ne validait que les aliénations faites par l'héritier *medio tempore* (f. 2 de sep.) ; et il est clair, en effet, que du jour où le

préteur avait prononcé au profit des créanciers héréditaires, la *missio in possessionem bonorum defuncti*, l'héritier, désormais dessaisi, ne pouvait plus aliéner ces biens à leur préjudice. — Telle était sans doute aussi la pensée de nos anciens auteurs, lorsqu'ils enseignaient que la séparation peut être demandée tant que les biens héréditaires existent dans la main de l'héritier. » Nous reconnaissons que la loi 2, en disant : *quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent*, annule par *a contrario* les actes faits par l'héritier à partir du décret de séparation. Mais cette sorte de droit de suite ou plutôt cette incapacité d'aliéner, loin d'être un effet de la *separatio bonorum*, est simplement une conséquence des principes spéciaux admis par le Droit romain en matière de *missio in possessionem*. Nous avons déjà dit que la *separatio bonorum* impliquait une *missio in bona defuncti* des créanciers de la succession ; c'était une arme à double tranchant, la séparation contre les créanciers de l'héritier, l'envoi en possession contre l'héritier. Une fois la *missio* prononcée, l'héritier se trouvait mis hors de cause, tandis que les créanciers étaient au contraire *immissi* par un décret du préteur. Ceux-ci acquéraient alors le *pignus prætorium* (f. 26 pr. de pign. act.), en vertu duquel tous les biens héréditaires étaient affectés au paiement de leur créance, par préférence aux créances personnelles de l'héritier. Les créanciers n'avaient plus rien à craindre de l'héritier, car ce

droit de gage prétorien donnait la faculté de suivre les biens. Cette question controversée, il est vrai, dans l'ancien Droit, fut tranchée par Justinien dans le sens le plus favorable aux créanciers (Const. 2, de præt. pig., 8, 22). Mais déjà dans l'ancien Droit français, la séparation des biens ne suppose plus l'expropriation préalable du débiteur, la possession *rei servandæ gratia et le pignus prætorium* ont promptement cessé d'y être en usage. Comment donc pourrait-on invoquer l'autorité de la législation Romaine pour attribuer à la séparation coutumière comme à la séparation actuelle un effet basé sur un système de procédure qui y a disparu? Une telle solution serait d'ailleurs contraire à l'esprit général du Droit coutumier en notre matière. Car dans l'ancien Droit, et cela est incontestable, la séparation est une affaire qui se passe entre les créanciers de la succession et ceux de l'héritier, ce dernier y reste tout-à-fait étranger. Il est et il reste héritier pur et simple, il est propriétaire des biens de la succession, il en a la libre disposition comme de ses biens propres. Une seule chose lui est interdite, hypothèquer ou engager à ses créanciers personnels l'actif héréditaire (Domat, *loc. cit.*, n° 6). Sauf cette restriction, l'héritier a plein pouvoir sur les biens héréditaires, il a donc le droit de les aliéner, soit avant soit même après la demande en séparation; tant pis pour les créanciers qui n'auraient pas commencé immédiatement les poursuites contre lui pour

arriver à la saisie des biens du défunt (Sic Labbé, *loc. cit.*)

2° *Textes de la loi.* — Il est d'abord certain que la définition du privilége, donnée par l'art. 2095, ne saurait être appliquée aux droits des créanciers d'une succession. Le privilége est sans doute une cause de préférence, mais attachée par la loi à la qualité de la créance et non à celle de créancier : au contraire, la cause de préférence de notre bénéfice est attachée à la qualité de créancier du défunt, et c'est à ce titre que le séparatiste s'en prévaut (Voy. cep. Mourlon, ex crit. du Comm. de Trop., sur les priv., 2e part. p. 906). De plus, un privilége suppose une lutte, le concours de divers créanciers sur la masse unique des biens d'un seul et même débiteur ; or la séparation des patrimoines a pour objet de créer deux masses distinctes de biens, l'une qui se compose de ce qu'a laissé le défunt, l'autre qui comprend les biens personnels de l'héritier ; celui-ci est censé posséder deux patrimoines distincts. Il s'ensuit que les créanciers de l'héritier ne peuvent pas concourir avec les créanciers de la succession sur les biens héréditaires. Donc le droit qui compète à ces derniers, ne constitue pas un privilége. En vain nous objecte-t-on que cette distinction des patrimoines n'est qu'une fiction. ; car le système entier de la loi en cette matière est fondée sur cette fiction, force est donc d'en tenir compte quand on vient à en déterminer les effets.

Ces arguments contre la thèse du droit de suite

sont corroborés par les articles du Code civil afférents à notre sujet. On est généralement d'accord pour reconnaître que les art. 878 à 880, où la séparation a été d'abord organisée, se contentent de reproduire, d'après Pothier, la théorie du Droit coutumier sur la véritable nature de notre bénéfice. Ces textes nous montrent toujours les créanciers de la succession aux prises avec les créanciers de l'héritier, jamais avec les tiers-acquéreurs. C'est d'abord l'art. 878 ainsi conçu : Ils peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. Donc par argument a contrario, si cet article ne dit rien des tiers-acquéreurs, c'est que la séparation des patrimoines n'est pas recevable contre eux. Quoique l'argument a contrario soit ici parfaitement concluant, puisqu'il tend à nous ramener dans le Droit commun dont la séparation nous éloigne, la loi ne s'en est pas contentée. Elle repousse plus formellement encore le droit de suite en disposant dans l'art. 880, al. 2, qu'à l'égard des immeubles l'action peut être exercée, tant qu'ils restent dans la main de l'héritier. Et c'est pour nous un point d'une évidence parfaite que le législateur a voulu par là que la séparation ne pût plus être exercée, dès que les immeubles seraient sortis des mains de l'héritier. C'est donc que le créancier séparatiste ne peut critiquer une aliénation faite de bonne foi avant toute saisie, en d'autres termes que le droit de suite lui fait défaut.

La séparation des patrimoines a-t-elle changé de nature au titre des priviléges et hypothèques ? L'art. 2111 a-t-il transformé ce bénéfice et donné aux créanciers de la succession un droit non plus seulement contre les créanciers de l'héritier, mais encore contre l'héritier et les tiers-acquéreurs ? L'art 2111, d'après son contexte même, est loin d'avoir cette portée et il nous fournit un argument analogue à celui que nous avons déjà tiré de l'art. 878 ; lui aussi ne nous parle que des effets de la séparation des patrimoines à l'égard des créanciers ou représentants du défunt ; les tiers-acquéreurs ne sont nullement en cause. En outre, remarquons ces termes du même article : Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878, au titre des successions, conservent... Evidemment ces termes se réfèrent non pas à la nature du droit, mais à sa conservation ; loin de créer un nouveau privilége, ils se contentent de subordonner à une nouvelle condition l'exercice d'un droit déjà établi et défini, dont les règles se trouvent dans les art. 878 et s. du titre des successions, et non dans le titre des priviléges. Le second alinéa du même article confirme cette idée, car en déclarant sans effet à l'égard des créanciers du défunt, les hypothèques consenties par l'héritier dans le délai de six mois à compter de l'ouverture de la succession et en ne disant rien des aliénations, il reconnaît par là même l'entière efficacité de ces aliéna-

tions, même à l'égard des créanciers héréditaires et des légataires.

A cela, que nous oppose-t-on ? On nous dit que le Code civil n'a pas seulement réglementé, dans l'art. 2111, l'exercice du droit de séparation dont il a posé le principe dans les art. 878 à 880 ; il a voulu en faire un droit tout nouveau, c'est-à-dire un véritable privilége, celui en donnant la qualification formelle au titre même des priviléges et hypothèques? Mais ce seul mot, employé incidemment dans une phrase, ne peut pas être une attestation suffisante du changement si grave qu'on prétend avoir été apporté à notre bénéfice, et il ne saurait avoir pour effet de modifier, d'une manière si radicale, les principes de la matière, tels qu'ils résultent de l'ancien Droit et des art. 878 et s. Convient-il d'étayer toute une théorie sur un mot qui peut très bien avoir deux sens, et exprimer cette idée que, comme les priviléges, la séparation donne aux créanciers héréditaires l'avantage de se faire payer sur les biens du défunt par préférence aux créanciers personnels de l'héritier? N'est-ce pas là plutôt son véritable sens, au lieu de la signification exorbitante que nos adversaires lui attribuent, si l'on se rappelle que déjà dans l'ancienne jurisprudence, des auteurs qualifiaient la séparation de privilége, bien qu'elle ne constituât pas alors un véritable privilége conférant un droit de suite. Les rédacteurs du Code civil, en empruntant à l'ancien Droit sa théorie sur la sé-

paration des patrimoines, ont en même temps reproduit l'expression privilége dans l'art 2111, mais dans un sens large, comme on le faisait autrefois, et sans songer le moins du monde aux innovations que pouvait contenir l'expression inexacte ainsi employée par eux.

Mais, nous répond-on, cette explication qui suppose tout au moins une inadvertance de la part des rédacteurs du Code civil ne justifie pas le moins du monde l'expression d'hypothèque dont se sert l'art. 2113 pour qualifier le droit de séparation non inscrit dans les six mois ? Aucun auteur, dans l'ancienne jurisprudence, n'a jamais employé cette expression ; aussi faut-il reconnaître que le droit de séparation ne peut dégénérer en hypothèque simple que s'il est déjà de sa nature une hypothèque privilégiée. Ce qui entraîne comme conséquence le droit de suite. Cette objection n'a aucune espèce de fondement. L'art. 2113, en effet, ne doit pas s'appliquer sans discernement aux dispositions qui précèdent ; il s'y applique suivant leur nature propre et sans les modifier. Relativement à la séparation des patrimoines, il signifie que l'inscription prise après les délais donne à ce droit le même rang que si c'était une même hypothèque, au lieu de lui donner le même rang que si c'était un privilége. Mais il reste à démontrer que le créancier acquiert un hypothèque en ne se conformant pas aux prescriptions de la Loi.

Il n'est pas étonnant d'ailleurs que l'art. 2113

contienne le mot, hypothèque ; les rédacteurs du Code, s'occupant exclusivement des effets produits par une inscription suivant l'époque à laquelle elle est prise, ont été amenés à qualifier hypothèque le droit dont l'inscription n'avait effet qu'à sa date, de même qu'ils ont qualifié privilége le droit dont l'inscription était rétroactive. A ce point de vue, l'analogie est remarquable, et on comprend facilement que, jointe au langage de nos anciens jurisconsultes, elle ait entraîné les deux qualifications impropres contenues dans nos articles.

On insiste et on nous objecte la place qu'occupe l'art. 2111 dans une section où il n'est question que de priviléges et parmi les dispositions relatives aux formes et aux conditions prescrites pour leur conservation. La réponse est facile et, à notre avis, péremptoire. L'art. 2111 se trouve dans la section 4 du titre 18 du Code civil, parce que c'est un article de réglementation, touchant bien plus à la procédure du droit qualifié qu'à sa nature, et que la section où il a été inséré a eu pour but unique de soumettre les priviléges à la publicité, par la formalité de l'inscription et d'indiquer leurs moyens de conservation. Or comme les rédacteurs du Code civil poursuivaient le même but par rapport à la séparation des patrimoines, ils étaient tout naturellement conduits à s'en occuper dans cette section, puisque le procédé à l'aide duquel le bénéfice de séparation devait être conservé, était le même que pour les priviléges. Comment le légis-

lateur aurait-il pu régler au titre des successions la publicité de ce droit, puisqu'il n'était pas encore fixé sur le procédé qui serait employé pour pouvoir le révéler aux tiers intéressés à le connaître? Préoccupé uniquement de reproduire la théorie de l'ancien Droit, il ne pouvait guère songer à une publicité qui y était complètement inconnue. Le législateur a été d'autant plus engagé à suivre cet ordre que la loi de brumaire dont il voulait combler la lacune relativement à la séparation des patrimoines s'occupait de ce bénéfice et des priviléges dans le même article.

Rien donc jusqu'ici n'est de nature à faire supposer la transformation du droit de séparation en un autre droit. Comment d'ailleurs pourrait-il en être autrement ? Si le législateur avait voulu faire de notre bénéfice un véritable privilége, au lieu de le mentionner pour la première fois dans la section 4, il n'aurait eu qu'à le comprendre dans l'énumération des priviléges, c'est-à-dire dans l'art. 2103. C'est là qu'il serait important de trouver la séparation des patrimoines ; or elle n'y est pas le moins du monde énoncée.

Mais, répondent nos adversaires, cet argument ne saurait être concluant, car « il importe peu que le privilége résultant de la séparation des patrimoines ne soit pas mentionné dans les art. 2101 à 2103, le Code Napoléon n'ayant pas entendu donner la liste complète des priviléges sur les meubles et sur les immeubles, et sa nomenclature

n'étant point, dès lors, limitative, mais seulement énonciative (sic. Metz, arrêt précité). » Ce qui le prouve, ajoutent les partisans du droit de suite, c'est la combinaison, d'une part, de l'art. 2109 avec l'art. 2103, 3°, et, d'autre part, de l'art. 2111 avec l'art. 878. L'art. 2103 qui attribue un privilége aux copartageants ne dit pas tout ce qu'il devrait dire, car il ne le donne que pour la garantie des partages, celle des soultes et retours de lots. Mais tout le monde reconnaît que l'omission commise dans l'art. 2103 ne tire pas à conséquence et que sa disposition est complétée par l'art. 2109 qui parle, en outre du prix de la licitation; et cela, quoiqu'il soit tout-à-fait en dehors de l'énumération des priviléges. Si donc l'art. 2109 peut être considéré comme le complément de l'art. 2103, 3°, pourquoi en serait-il autrement pour l'art. 2111? Pourquoi ce dernier texte, qui répare lui aussi l'omission de l'art. 878 relativement aux légataires, ne pourrait-il pas être admis pour le même motif à combler la lacune de l'art. 2103? Et même cette lacune n'était-elle pas inévitable? Remarquons que le droit de séparation, tout en constituant un privilége, ne pouvait trouver place ni dans l'art. 2102 ni dans l'art. 2103, parce qu'il s'applique aux meubles aussi bien qu'aux immeubles de la succession. D'un autre côté, comment l'art. 2101 l'aurait-il mentionné, puisqu'en tant que privilége, atteignant seulement certains biens de l'héritier, il ne pouvait pas être considéré

comme rentrant dans la catégorie des priviléges généraux?

Cette argumentation, quoique spécieuse, est peu embarrassante. Remarquons d'abord que l'art. 2103, 3°, rangeait déjà parmi les priviléges immobiliers celui du copartageant; par conséquent l'art. 2109, à la différence de l'art. 2111, n'a pas eu pour but de le créer, de l'établir, il s'est borné à étendre une formule trop restrictive. D'ailleurs cette combinaison de l'art. 2109 avec l'art. 2103 était trop rationnelle pour que personne ait jamais songé à la repousser, tandis qu'il en est tout autrement en notre matière. Les art. 2111 et 2113 pris dans leur sens technique et littéral sont en contradiction avec la disposition de l'art. 880, al. 2; ils font table rase de toute la théorie de l'ancien Droit, ils transforment radicalement la nature du droit consacré au titre des successions par les art. 878 à 881. Voilà des raisons assez considérables pour s'opposer à l'extension que les partisans du droit de suite cherchent à donner à l'art. 2111 et qui n'existent pas contre l'art. 2109. Quant aux légataires, sans doute il n'en est pas question dans l'art. 878, et cet oubli a été réparé par l'art. 2111. Mais cette disposition n'était pas d'une absolue nécessité, car même, en dehors des termes de ce dernier texte, les légataires auraient pu sans difficulté, réclamer le bénéfice de séparation, en vertu de l'art. 878 et à titre de créanciers de la succession. L'art. 2111 n'a donc eu pour but que

de rendre plus compréhensive la règle trop étroite de l'art. 878.

Quant à l'explication par laquelle on cherche à justifier la place de notre bénéfice dans l'art. 2111, elle aboutit à introduire une distinction entre les meubles et les immeubles qui n'a aucune raison d'être.

Mieux vaut donc reconnaître que le législateur, en ne faisant pas figurer la séparation des patrimoines dans l'énumération des priviléges, énumération essentiellement limitative par raison même de définition, s'est ainsi implicitement prononcé en notre faveur.

Ce silence de l'art. 2103 devient plus significatif encore, quand on se reporte aux travaux préparatoires du Code. En effet, la disposition qui forme aujourd'hui l'art. 2111 ne se trouvait pas dans le projet du Code rédigé par la Commission du 24 thermidor an 8. Le tribunal de Cassation, trouvant incomplet le titre des Priviléges et hypothèques tel qu'il était proposé par la commission, présenta un nouveau projet dont l'art. 8 (tit. 6) où se trouvait l'énumération des priviléges immobiliers, était ainsi conçu :

Art. 8. — Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

1° Les créanciers et légataires d'un défunt, sur les biens de la succession. — Ils conservent ce privilége par les inscriptions faites sur chacun de ces biens dans les six mois à compter de l'ouver-

ture de la succession. — Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être consentie avec effet sur ces biens par les héritiers, au préjudice de ces créanciers ou légataires.

2° Le vendeur sur l'immeuble qu'il a vendu.....

3° Le co-héritier ou co-partageant.....

Cet article contenait donc, dans le projet du tribunal de cassation, la liste complète des priviléges, et à l'énonciation de chaque privilége se trouvait annexée la façon de le conserver. En tête se trouvait la séparation des patrimoines que le tribunal de cassation considérait cemme un privilége devant être inscrit dans les six mois de l'ouverture de la succession.

Mais cette rédaction ne fut pas adoptée par le Conseil d'Etat : on affecta une section à l'énumération des priviléges, une autre à la manière de les conserver. Seulement dans l'énumération des priviléges le droit des séparatistes n'est pas plus mentionné que dans la rédaction primitive de la commission de l'an 8. La première partie du 1° de l'art. 8 a été effacée, tandis que la seconde partie est devenue l'art. 2111 actuel (V. Fenet, t. 2, p. 650 et 651).

Il en résulte pour nous l'intime conviction que les membres du Conseil d'Etat ne considéraient pas la séparation des patrimoines comme un privilége proprement dit et par conséquent regardaient son maintien au nombre des priviléges, comme n'ayant aucune raison d'être.

On nous objecte que l'art. 2111 requiert l'inscription de la séparation des patrimoines, tout comme si c'était un véritable privilége, et que prise dans le délai légal elle prime les hypothèques antérieurement prises par les créanciers personnels de l'héritier (art. 2111, al. 2), ce qui est la caractéristique du privilége proprement dit. La réponse est facile : si le bénéfice de séparation doit être rendu public, c'est que, opposable aux créanciers personnels de l'héritier, il doit leur apparaître par la publicité résultant de l'inscription. Mais il ne faut pas en conclure que cette simple formalité ait eu pour effet de changer la nature du droit et d'en faire un droit nouveau, car l'inscription ne modifie nullement la nature des droits qu'elle garantit. « L'inscription prise en temps utile, dit M. Labbé dans ses observations sur l'arrêt de 1870 de la chambre des requêtes, conserve le droit des créanciers tel qu'il est ; elle en prépare l'exercice ultérieur. Le droit dûment publié s'exercera ensuite conformément à sa nature. »

La thèse du privilége et du droit de suite augmente encore de l'art. 1017 qui confère, au moins suivant l'opinion générale, une véritable hypothèque aux légataires, pour la sûreté de leurs legs. Si les légataires, quoiqu'agissant pour réaliser un bénéfice, peuvent invoquer tous les avantages d'un droit hypothécaire, à plus forte raison doit-il en être de même des créanciers qui ne cherchent dans la séparation que la conservation de leur propre gage.

La Loi n'a pas pu placer les dettes du défunt au-dessous de ses libéralités : le contraire ne serait-il pas une anomalie inexplicable ? Mais cette anomalie qu'on nous reproche d'établir entre des légataires recevant de la Loi elle-même une hypothèque, et les créanciers d'une succession n'ayant à leur disposition qu'un simple Droit de préférence n'est qu'apparente. Et d'abord, de tout temps il en a été ainsi ; en Droit romain et dans l'ancien Droit, les légataires avaient deux garanties bien distinctes : 1° une hypothèque; 2° le droit de séparation, tandis que les créanciers d'un défunt ne jouissaient que de ce dernier bénéfice. Or les rédacteurs du Code se sont bornés à copier encore sur ce point les errements du passé. Est-ce d'ailleurs le seul cas où le législateur de 1804 a cru devoir protéger les légataires plus énergiquement que les créanciers ? Assurément non ; car, tandis que leur hypothèque subsiste, nonobstant l'acceptation qu'ils ont faite de l'héritier pour débiteur, nous verrons le même fait entraîner, au contraire, l'extinction du droit de séparation (art. 879). De nos jours même la Loi du 23 mars 1855 sur la transcription, n'a-t-elle pas affranchi les légataires de la formalité de la transcription imposée pourtant aux acquéreurs à titre onéreux ? Bien plus cette anomalie qu'on se plaît à trouver spécialement en notre matière entre les légataires et les créanciers du défunt a sa raison d'être, et s'explique par les considérations suivantes : les légataires méri-

tent une prctection spéciale, car n'ayant que la position que leur a faite le testateur, ils n'ont pu exiger de lui les sûretés particulières propres à mettre leur droit à l'abri de toute atteinte de la part de l'héritier. Au contraire les créanciers du défunt ont été parties au contrat ; si donc ils sont purement chirographaires, c'est qu'ils ont eu l'intention de suivre le sort commun de tous les créanciers. De plus, il importe de protéger les droits des légataires par des mesures énergiques, car les héritiers parmi ceux-là même qui mettent le plus d'empressement à payer les dettes, ne montrent pas toujours le même bon vouloir, en ce qui concerne le paiement des legs.

3° *But de la séparation.* — « Le seul but de la séparation des patrimoines est, en effet, disent MM. Aubry et Rau, de conserver aux créanciers héréditaires et aux légataires le droit de gage dont, en vertu de l'art. 2093, ils jouissaient sur les biens du défunt, au moment de leur confusion avec ceux de l'héritier, à l'exclusion des créanciers de ce dernier. Or ce droit de gage ne confère aucun droit de suite. » Et un peu plus loin les savants auteurs ajoutent: « La séparation des patrimoines n'est point une mesure établie pour garantir les créanciers héréditaires et les légataires de toute espèce de préjudice, mais un remède spécial destiné à obvier au dommage que leur causerait la confusion des patrimoines, en faisant participer les créanciers de l'héritier au droit de gage dont ils

jouissaient exclusivement ; cette séparation replace, à cet égard, les créanciers héréditaires et les légataires dans l'état où ils se trouvaient avant la confusion des biens du défunt avec ceux de l'héritier, mais ne leur accorde aucun droit nouveau, et n'a par conséquent pas pour effet de les soustraire aux dangers dont, en l'absence de tout droit de suite, ils étaient déjà menacés du vivant du défunt. » (C. de C. civil, § 619, note 67.)

A cela les partisans du droit de suite répondent de deux manières différentes. M. Demolombe (n° 209) nous objecte que l'héritier ne peut s'approprier les biens héréditaires qu'après en avoir acquitté toutes les charges ; par conséquent ses ayant-cause ne peuvent pas avoir plus de droits que lui. Or les tiers acquéreurs sont, comme les créanciers, les ayant-cause de l'héritier ; qu'ils subissent donc les effets de la séparation en ne pouvant invoquer aucun droit contre les séparatistes. Nous avons déjà repoussé cette idée qui, selon M. Demolombe, servirait de fondement à la séparation des patrimoines ; nous avons fait remarquer que, si l'héritier ne recueille l'actif héréditaire qu'à la charge d'acquitter toutes les dettes dont il est grevé, cette règle empruntée à l'art. 724 n'a rien de spécial à la séparation des patrimoines. Toute sa portée est de faire peser sur l'héritier une obligation purement personnelle et chirographaire, sans toucher en quoi que ce soit à son droit de propriété. Et toutefois, si l'héritier ne

peut s'approprier les biens de l'hérédité que *deducto ære alieno*, comme le soutient M. Demolombe, logiquement ne faut-il pas lui refuser le pouvoir de les aliéner? Résultat évidemment impossible. L'héritier, ayant accepté purement et simplement, est propriétaire et conserve ce titre, nonobstant la séparation, qui est à son égard *res inter alios acta*. Par conséquent toute aliénation par lui consentie est valable, alors même qu'il lui serait impossible d'acquitter ensuite les charges héréditaires, les acquéreurs sont investis du droit de propriété que l'aliénateur leur a transmis plein et entier, et ne sauraient être inquiétés à raison d'obligations purement chirographaires.

Bien plus, cette assimilation que M. Demolombe semble établir entre les créanciers de l'héritier et les tiers acquéreurs est contraire aux principes généraux. En effet si les uns et les autres sont des ayant-cause, il n'en existe pas moins entre eux une différence bien tranchée ; tandis que les acquéreurs ont un droit réel, opposable à tous, auquel l'aliénateur ne peut plus porter atteinte, les créanciers ne peuvent au contraire invoquer en leur faveur qu'un simple droit personnel, qui n'empêche nullement leur débiteur de contracter de nouvelles obligations à leur détriment. Pour frapper un tiers acquéreur, il faut recourir au droit de suite, pour frapper un créancier, le droit de préférence suffit. Or tous les textes du Code relatifs à notre matière mettent toujours les créanciers de la succession

aux prises avec les créanciers de l'héritier, jamais avec les tiers acquéreurs, parce que le droit de séparation est un simple bénéfice dénué du droit de suite.

Battus sur ce point, les partisans de l'idée du privilége nous objectent qu'il n'est pas vrai de dire que la séparation ait pour unique but de replacer les créanciers dans l'état où ils se trouvaient avant la confusion des biens du défunt avec ceux de l'héritier, sans leur accorder un droit nouveau et sans améliorer leur situation. C'est là une erreur; la preuve, c'est que, suivant le § 2 de l'art. 2111, l'héritier ne peut pas hypothéquer les immeubles héréditaires, au détriment des créanciers même simplement chirographaires du défunt régulièrement inscrits, alors que le *de cujus* aurait pu le faire, s'il eût été encore vivant. Donc le droit de ses créanciers se trouve augmenté, tandis que celui de l'héritier est restreint. Leur situation est améliorée; qu'on ne vienne donc pas dire que la séparation des patrimoines se borne à maintenir le *statu quo*. Et maintenant à l'héritier ne peut pas par de simples hypothèques, amoindrir le droit de séparation, comment pourrait-il l'annihiler par des aliénations? « Est-il admissible, dit l'arrêt de 1870, que l'héritier puisse, par une vente, anéantir un droit qu'il n'aurait pu entamer par une hypothèque? » A cette objection nous répondrons avec M. Labbé, « qu'une hypothèque, un droit de préférence conféré à un créancier de l'héritier pré-

judice notablement aux créanciers du défunt. La somme qu'ils auront à se répartir sera absorbée ou considérablement diminuée. Une aliénation, une vente faite de bonne foi est beaucoup moins nuisible aux créanciers héréditaires, qui se paieront sur le prix. Sans doute, le prix peut être un peu inférieur à la valeur de l'immeuble ; mais cela n'est pas fort à craindre, si le prix énoncé est sincère, car l'héritier, en vendant au-dessous de la valeur, se cause à lui-même un tort aussi grave que celui éprouvé par les créanciers. » Ajoutons que l'objection précitée revient à dire que celui qui ne peut pas le moins ne peut pas le plus. Or cet argument est trop général, pour avoir une très grande force en Droit ; il ne serait décisif, qu'à la condition d'établir que celui qui ne peut pas le moins ne peut jamais le plus. Les textes prouvent au contraire que le plus peut être permis là où le moins est prohibé, et spécialement que la faculté d'aliéner peut exister indépendamment de la faculté d'hypothèques. Nous voyons en effet dans le Code des cas où l'aliénation est autorisée, l'hypothèque prohibée ; ainsi l'art. 859 décide que le donataire d'un immeuble sujet à rapport peut valablement et définitivement l'aliéner, tandis que, suivant l'art. 865, si un tel immeuble a été hypothéqué, rapport en sera dû à la masse de la succession, franc et quitte de toutes charges créées par le donataire. Ainsi encore suivant bon nombre d'auteurs la clause du contrat du mariage déclarant

l'aliénabilité de l'immeuble dotal, ne le rend pas en même temps susceptible d'hypothèque. L'aliénation peut donc être permise là où l'hypothèque est défendue et par conséquent rien n'autorise à conclure de l'art. 2111 que les aliénations consenties seront, comme les hypothèques, non avenues à l'égard des séparatistes.

Les partisans du droit de suite mettent en avant l'intérêt que pourraient avoir les créanciers de la succession à se prévaloir de ce droit. Ce droit, disent-ils, est indispensable, pour que la garantie accordée par la loi aux créanciers soit sérieuse et ne soit pas anéantie par les aliénations consenties par un héritier imprudent et dissipateur. Cette objection ne nous embarrasse pas, car de deux choses l'une : où le séparatiste a déjà une hypothèque sur l'immeuble inscrite avant la transcription de l'aliénation consentie par l'héritier, et dans ce cas il a incontestablement le droit de suite, ou bien c'est un simple créancier chirographaire. Or à son égard la séparation des patrimoines n'a pas été imaginée dans le but d'augmenter ses garanties, mais seulement pour les lui conserver telles que le défunt les lui avait fournies. Le créancier chirographaire aurait dû subir cette aliénation, si elle était émanée du défunt, il n'aurait pu agir contre le tiers détenteur ni faire une surenchère. Dès lors peu importe qu'elle émane de l'héritier, qui n'est que le continuateur de la personne du *de cujus*.

Cette solution est parfaitement rationnelle. La loi ne doit pas se substituer à la prudence des particuliers ; il suffit qu'elle pare aux éventualités les plus fâcheuses, qu'elle corrige les iniquités palpables. La séparation des patrimoines a eu pour objet de remédier aux conséquences souverainement injustes et désastreuses que l'acceptation d'une hérédité solvable par un héritier insolvable faisait éprouver aux créanciers de cette succession ; mais fallait-il aller jusqu'à leur permettre de critiquer les aliénations faites par cet héritier et d'inquiéter les tiers acquéreurs? Non, car de deux choses l'une : ou l'héritier a aliéné de bonne foi, et alors le droit des créanciers chirographaires se reportera de la chose sur le prix, c'est leur sort ordinaire, pourvu bien entendu qu'il ne se trouve pas encore confondu dans le patrimoine de l'héritier, ou bien ce dernier a aliéné de mauvaise foi, et alors la seule ressource qui reste aux créanciers sera l'action Paulienne (art. 1167), si les circonstances dans lesquelles la vente a été conclue, sa clandestinité, sa précipitation font présumer la fraude. Dans ce dernier cas l'inscription de leur droit, quoique ne pouvant avoir aucun effet sur le sort de l'aliénation, fournira cependant une grave présomption de mauvaise foi et facilitera la preuve requise par l'art. 1167. Mais si la vente a été faite loyalement, si un prix sérieux a été payé, on ne saurait admettre les créanciers à critiquer l'aliénation sans étendre notre bénéfice au-delà des ter-

mes dans lesquels il a été établi, et du but spécial et purement relatif en vue duquel il a été admis.

La séparation des patrimoines ne constitue donc pas un privilége proprement dit. C'est un simple bénéfice se résumant en un droit de préférence et ne conférant aucun droit de suite. D'un côté le législateur s'en occupe seulement dans la section 4 du chapitre des priviléges, où de l'avis de tous il n'est question que du droit de préférence. D'un autre côté toutes les fois que la loi a eu à parler spécialement du droit de suite, elle s'est bien gardée de faire mention de la séparation des patrimoines. C'est ainsi que l'art. 834 du C. de proc. civ., aujourd'hui abrogé par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui règlementait le droit de suite sous la forme du droit de surenchère, après avoir décidé que ce droit appartiendrait aux créanciers hypothécaires inscrits au plus tard dans la quinzaine de la transcription de l'acte translatif de propriété, accordait dans son second alinéa le même droit aux créanciers ayant privilége sur des immeubles, sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des articles 2108 et 2109 du Code civil. Mais cet alinéa ne contenait point, au profit des créanciers du défunt et des légataires, une réserve semblable à celle qu'il renferme au profit des copartageants notamment. Cependant les premiers jouissant, aussi bien que les seconds, d'un délai préfix pour requérir l'inscription à laquelle se trouve subordonnée la conserva-

tion de leur droit de préférence, les mêmes motifs d'exception militaient en faveur des uns et des autres.

La seule raison de ce silence du législateur à l'égard des créanciers séparatistes, c'est qu'il avait regardé comme parfaitement inutile de faire une réserve quelconque à leur profit, parce qu'en organisant une des formes du droit de suite, il n'avait pas à s'occuper d'un bénéfice qui pour lui était entièrement dépourvu de ce droit. Et cette idée s'est si bien perpétuée dans l'esprit de nos législateurs modernes, que la Loi du 23 mars 1855 qui a remplacé sur ce point l'art. 834 C. P. C., et qui accorde dans son art. 6 un délai de quarante-cinq jours depuis la vente ou le partage au vendeur ou au co-partageant, pour s'inscrire nonobstant la transcription d'actes faite dans ce délai, n'attribue pas la même faveur aux créanciers de la succession pour inscrire leur droit.

Pourtant eux aussi peuvent, aussi bien que le vendeur et le co-partageant, être surpris par l'extrême précipitation avec laquelle l'héritier obéré, et par conséquent intéressé à réaliser les valeurs héréditaires, pourrait vendre les immeubles, et l'acquéreur transcrire son contrat d'acquisition. Pourquoi donc ne pas étendre la même faveur aux uns et aux autres ? La seule raison qui puisse en être donnée, comme pour l'art. 834, c'est que dans la pensée du législateur de 1855, les créanciers séparatistes n'ont pas un privilége proprement dit, conférant un droit de suite contre les

tiers-acquéreurs, et par conséquent qu'aucune condition de publicité n'est à régler pour la conservation d'un droit qui n'existe pas.

Nous allons essayer de compléter l'étude de cette question, en recherchant, à l'aide de la collection de M. Anthoine de St-Joseph (concordance des codes, etc.), comment elle a été résolue par les législations étrangères qui se rapprochent le plus de la nôtre. Le Code de la Louisiane (de 1824) et celui de la Hollande (de 1838) contiennent, l'un l'art. 3242, l'autre l'art. 1154, qui sont la reproduction de l'art. 2111. De même dans le Code d'Haïti dont la concordance est parfaite entre tous les articles du titre des successions et des priviléges et hypothèques et ceux de notre Code. La Loi belge du 16 décembre 1851, sur la révision du régime hypothécaire, s'inspirant du projet français sur la réforme hypothécaire soumis en 1850 à l'Assemblée législative, a, comme lui, retranché le mot privilége, de l'art 39 (qui correspond à notre art. 2111). « Les créanciers et légataires, est-il dit dans l'al. 1, ayant, aux termes de l'art. 878 du C. civil, le droit de demander la séparation des patrimoines, conservent ce droit à l'égard des créanciers, des héritiers ou représentants du défunt, sur les immeubles de la succession par l'inscription prise sur chacun de ces immeubles, dans les six mois de l'ouverture de la succession. » Ainsi dans la législation Belge, la séparation des patrimoines attribue seulement aux créanciers de

la succession un droit de préférence vis-à-vis des créanciers de l'héritier sur les biens héréditaires. Cette préférence, bien qu'elle ne soit pas un privilége proprement dit, a cependant quelques caractères du privilége, notamment celui de la réalité (Laurens, principes du Dr. civil, t. 10, n° 62). Car l'al. 2 de l'art. 39 porte : « Jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie sur ces biens, ni aucune aliénation en être consentie par les héritiers ou représentants du défunt, au préjudice de ces créanciers ou légataires. »

D'autres législations ont envisagé le droit séparatif comme hypothécaire ou privilégié. Dans le canton du Tessin, les créanciers héréditaires et les légataires ont une hypothèque légale spéciale sur les biens de la successin (Code de 1837, art. 1152), et un privilége sur le prix des biens laissés par le défunt (art. 1185). L'art. 11, n° 6, de la loi hypothécaire promulguée en Grèce le 11 (23) août 1836 attribue une hypothèque légale aux créanciers de la succession sur les immeubles héréditaires. Enfin, d'après le Code civil du royaume d'Italie, le seul qui ait réellement organisé cette matière, la séparation des patrimoines n'est pas un privilége ; « elle donne seulement lieu à une hypothèque en tant qu'elle s'applique aux immeubles, et l'expiration du délai de trois mois, après le décès, sans inscrire cette hypothèque, entraîne déchéance complète du droit. » (M. Huc, le Code civil italien, t. 1, n° VI, p. 359).

CHAPITRE II

SUJETS ACTIFS ET PASSIFS DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

§ 1. — *Sujets actifs*

Qui peut invoquer le bénéfice de la séparation des patrimoines ? Tout créancier d'une succession, c'est-à-dire les créanciers du défunt et les légataires. Il est établi dans leur intérêt exclusif. Il ne saurait donc être invoqué par les créanciers de l'héritier. La controverse, qui existait sur ce point dans l'ancienne jurisprudence française, a été tranchée par l'art. 881, ainsi conçu : « Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession.

Mais de ce que le bénéfice de séparation est refusé aux créanciers de l'héritier, s'ensuit-il qu'ils soient absolument désarmés contre la mauvaise foi d'un héritier qui n'aurait accepté une succession notoirement mauvaise que dans l'intention de leur nuire ? Nous avons déjà vu le Droit romain admettre dans ce cas au moins un recours

au préteur *extra ordinem* (f. 1 § 5, n. t.) Notre ancien Droit ne faisait aucune difficulté pour reconnaître aux créanciers dans la même hypothèse le droit d'intenter l'action révocatoire. Doit-il en être de même sous l'empire du Code civil ? Oui, évidemment. Les termes généraux de l'art. 1167, al. 1, demandent cette solution affirmative. On a toutefois élevé quelques doutes ; de la combinaison des art. 788 et 1167, al. 2, il résulte, a-t-on dit, que la loi n'autorise textuellement que la rescision de la renonciation à une hérédité, donc l'acceptation ne peut être annulée. Mais la réponse est facile. D'une part la modification au principe général de l'action révocatoire à laquelle fait allusion l'art, 1167, al. 2, lorsqu'il renvoie au titre des successions, vise simplement l'art. 882, et est tout à fait étrangère à la question actuelle. D'autre part la solution que nous combattons ne peut tirer aucun argument *a contrario* du silence de l'art. 788, puisque cet article n'est qu'une application particulière des principes généraux posée dans les art. 1166 et 1167, al. 1. En vain nous opposerait-on encore les dispositions de l'art. 881, qui dénie aux créanciers de l'héritier tout droit à la séparation. Car autre chose est le droit général de demander la séparation dont les créanciers du défunt et les légataires jouissent dans tous les cas contre les créanciers de l'héritier, ces derniers fussent-ils de bonne foi ; autre chose est le droit spécial de demander l'annulation de l'acceptation d'une hérédité mau-

vaise pour cause de fraude.

La fraude en effet, et la fraude prouvée par les créanciers de l'héritier, est ici, comme partout en général, la condition de succès de l'action Paulienne. Mais, à notre avis, il suffira d'établir la fraude de l'héritier et le préjudice qui s'en est suivi ; la complicité des créanciers de la succession ne sera pas nécessaire (Contre Aubry et Rau, t. 6, § 611 note 20).

A défaut de tout autre moyen, les créanciers de l'héritier pourront intervenir dans les opérations du partage, afin qu'il ne soit pas fait en fraude de leurs droits (art. 882). Que si au contraire ils n'usent pas du secours que la loi leur accorde, le partage, quoi que fait en dehors de leur présence, est irrévocable à leur égard.

Une remarque importante à faire, avant d'autres dans de plus longs développements sur notre matière, c'est que le droit accordé aux créanciers séparatistes n'est pas une mesure collective supposant, comme en Droit romain, l'envoi en possession des biens de l'héritier. C'est, comme dans l'ancien Droit, une institution individuelle soit quant aux personnes, soit quant aux choses, et se soutenant par elle-même,

Il en résulte :

1° Que le bénéfice de séparation commun à tous les créanciers de la succession, peut être exercé par tous ensemble ou par chacun séparément. Mais si chacun des créanciers de la succession peut l'invo-

quer isolément et pour son propre compte, ils ont au contraire intérêt à se mettre d'accord pour réclamer collectivement leur droit, car en agissant ainsi ils éviteront la multiplicité des frais et ne seront tenus de payer qu'un seul droit d'enregistrement, et non pas autant de droits qu'il y a de créanciers demandeurs ou défendeurs. Au reste la séparation ne profite, vis-à-vis des créanciers de l'héritier, qu'à celui ou à ceux des créanciers de la succession qui l'ont réclamée. Il n'y a que ceux qui ont rempli les conditions auxquelles son efficacité était subordonnée qui soient admis à en profiter (Req. rej. 28 avril 1869, s. 69. 1. 313);

2° Que la séparation peut être invoquée contre les créanciers unis de l'héritier ou contre chaque créancier en particulier;

3° Qu'elle s'applique à l'universalité du patrimoine du défunt, comme à chacun des objets particuliers qui le composent.

En définitive, le bénéfice de séparation ayant été établi dans l'intérêt exclusif des créanciers d'une succession, c'est à eux à l'exercer eu égard aux circonstances et suivant que leur intérêt le leur conseillera, soit d'une manière collective soit d'une manière individuelle.

A. *Créanciers du défunt.* — L'art. 878 décide : Ils peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier.

Mais qui, ils ? les créanciers de l'art. 877 ? Il ne

parle que de créanciers ayant des titres exécutoires. Est-ce à dire que cette restriction se trouve dans l'esprit de la Loi ? Non, évidemment. Peu importe, pour invoquer notre bénéfice, que les créanciers du défunt aient un titre authentique ou sous seing privé, exécutoire ou non, car la séparation des patrimoines a pour unique effet de sauvegarder des droits actuels ou futurs. Il faut donc traduire ce mot, ils, par ceux-ci : Les créanciers du défunt, quels qu'ils soient et quels que soient leurs titres. Le droit d'invoquer la séparation appartient même aux créanciers sans titre, c'est-à-dire à ceux dont la créance n'est constatée par aucun acte instrumentaire. Il est évident que si la séparation des patrimoines est nécessaire, c'est surtout pour les créanciers qui ont le moins de garanties.

L'art. 878 dit que ce bénéfice peut être obtenu dans tous les cas, c'est-à- dire toutes les fois qu'ils croiront que leur intérêt sera de le faire, peu importe que l'héritier soit insolvable ou non. « En effet, dit M. Laurens (loc. cit., n° 6), la séparation des patrimoines suppose bien l'insolvabilité de l'héritier, mais la loi n'en fait pas une condition pour l'exercice du droit des créancier. En définitive, la loi s'en rapporte aux parties intéressées : chacun veille à ses intérêts, comme il l'entend. »

Pour être admis à invoquer la séparation des patrimoines, il suffit d'être créancier du défunt. En conséquence ce droit compète en première

ligne aux créanciers chirographaires, quelles que soient les modalités de leurs créances, qu'elles soient à terme ou exigibles actuellement, qu'elles soient conditionnelles ou pures et simples.

Il n'y aura de difficultés que dans le cas où il faudra distribuer le prix résultant de la vente des biens héréditaires entre divers créanciers, dont les créances sont pour quelques-uns encore incertaines. Alors il y aurait lieu, suivant les circonstances, à user de l'un de ces trois moyens : 1° autoriser le créancier conditionnel ou à terme à toucher le montant de sa créance conditionnelle ou à terme, à la charge par lui de fournir caution pour le remboursement de cette somme aux autres créanciers, dans le cas où la condition ou le terme viendrait à défaillir ; — 2° autoriser ces derniers à le toucher, sauf à donner caution pour assurer la restitution des valeurs dans le cas où la condition ou le terme viendrait à se réaliser ; — 3° ne payer à aucun des créanciers la somme qui devrait revenir aux créanciers conditionnels ou à terme, et la faire déposer à la caisse des dépôts et consignations jusqu'à ce que la condition ou le terme fût accompli ou défailli. Ce sera aux tribunaux à apprécier, d'après la nature de l'événement qui tient en suspens le droit des créanciers du défunt, quel est le meilleur parti à prendre.

Les créanciers privilégiés ou hypothécaires sont, aussi bien que les chirographaires, fondés à invoquer le bénéfice de séparation.

Mais quel peut être leur intérêt? n'ont-ils pas déjà, par leur privilége ou leur hypothèque, un droit réel sur les immeubles héréditaires, par conséquent non-seulement un droit de préférence, mais encore un droit de suite? Sans doute le créancier, dont le droit est protégé par une hypothèque ou un privilége, antérieurs au décès et utilement inscrits, peut n'avoir pas à redouter les effets de la confusion que l'acceptation doit opérer entre le patrimaine du défunt et celui de l'héritier. Mais n'importe ; notre solution n'en est pas moins certaine, car en droit elle a pour elle l'art. 878 qui s'exprime d'une manière générale et de plus en fait il faut remarquer que ces créanciers peuvent être gravement intéressés à invoquer la séparation.

Si par exemple leur privilége ou hypothèque est spécial, il n'atteindra que certains biens de la succession, par conséquent leur gage hypothécaire sera insuffisant pour assurer le paiement de leurs créances, au contraire le droit de préférence résultant de la séparation est général en ce sens qu'il porte sur tous les biens mobiliers ou immobiliers de la succession Ils peuvent encore avoir intérêt à obtenir ce droit de préférence relativement à des créances accessoires, telles qu'intérêts et arrérages, qui ne seraient pas garanties par leur inscription. En effet, d'après l'art. 2151, le créancier dont l'inscription porte que la créance est productive d'intérêts, est colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang

d'hypothèque que pour le capital. Mais cette restriction ne s'applique pas à l'inscription requise en matière de séparation des patrimoines par l'art. 2111, car cette inscription assure aux créanciers héréditaires un droit de préférence vis-à-vis des créanciers de l'héritier, pour tout ce qui leur est dû, sans distinction, par l'hérédité, et par conséquent elle leur garantit le paiement de tous les accessoires de la créance et en particulier celui de la totalité des intérêts échus. En conséquence le créancier hypothécaire qui est resté plus de trois ans sans réclamer les intérêts de sa créance, en train de courir, a intérêt à invoquer la séparation des patrimoines, car par ce moyen il pourra se faire colloquer par préférence aux créanciers de l'héritier, pour la totalité des intérêts de sa créance.

Enfin les créanciers hypothécaires du défunt peuvent avoir intérêt à invoquer le bénéfice de séparation pour écarter les créanciers personnels de l'héritier qui, si la confusion des patrimoines persistait, pourraient leur opposer un privilége forcément supérieur à leur hypothèque. Le même intérêt existe pour les créanciers privilégiés du défunt, qui craignent d'être primés par des créanciers de l'héritier dont le privilége est préférable au leur, comme le sont les porteurs des créances mentionnées dans l'art. 2101.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la séparation des patrimoines a été introduite particulièrement en faveur des créanciers chirographaires. Ce droit

doit donc leur être reconnu de la manière la plus large, et notamment dans les hypothèses où le patrimoine du *de cujus* a passé successivement entre les mains de plusieurs héritiers ; où un créancier du défunt devient son héritier pour partie, où le débiteur principal succède à la caution, et réciproquement.

Bien que le texte de l'article 878 ne parle que des créanciers d'un défunt, il peut y avoir lieu de le leur accorder alors même que le décès de leur débiteur ne serait pas certain. C'est ce qui arrive en cas d'absence, dès que l'envoi en possession définitif a été prononcé. Les créanciers de l'absent ont alors intérêt à demander la séparation des patrimoines, car se trouvant en présence des héritiers de ce dernier (art. 129), ils courent les mêmes risques que si leur débiteur était réellement mort.

Tels sont les droits des créanciers d'une succession ordinaire. Mais que décider pour les créanciers d'une succession anomale? Peuvent-ils invoquer la séparation contre les créanciers de l'ascendant donateur? Oui, car les créanciers des biens soumis au droit de retour successoral sont les créanciers d'un *de cujus* ; de plus ils se trouvent en présence des créanciers d'un héritier légitime proprement dit (art. 747 C. c.), saisi de plein droit des biens composant la succession ouverte à son profit, et tenu *ultra vires* de la portion de dettes corrélative à la portion de biens dont il est investi.

Les dangers de la confusion les menacent donc autant que s'il s'agissait d'une succession ordinaire. En conséquence, le bénéfice de séparation leur appartient.

Mais il est impossible de reconnaître le même droit aux créanciers de la communauté contre les créanciers personnels de chacun des époux. Aucune disposition du contrat de mariage n'étend à la communauté un droit exceptionnel qui n'a été établi qu'en faveur des créanciers d'une succession (voy. cep. art.1476).

Enfin, dans le cas de faillite d'un négociant qui exploite séparément deux maisons de commerce, il n'y a pas lieu d'appliquer actuellement l'espèce de privilége établi par le f. 5, § 16, *de trib. act.*, en faveur du créancier sur l'actif de la maison avec laquelle il a contracté, à l'exclusion des créanciers de l'autre maison; les deux masses, au contraire, doivent être confondues, et tous les créanciers payés concurremment et sans préférence (Cass., 18 oct. 1814, S. 15. 1. 78; — J. du P., t. 12, p. 434).

B. *Légataires.* — Les légataires sont, à l'égard des créanciers personnels de l'héritier, mis sur la même ligne que les créanciers du défunt. Sans doute les art. 878 et s. ne parlent que des créanciers. Mais, dans son acception la plus étendue, cette expression s'applique même aux légataires, et l'art. 2111 en effet (al. 1) les range expressément parmi ceux qui peuvent demander la sépa-

ration des patrimoines, conformément à l'art. 878.

Il s'agit, bien entendu, des légataires particuliers. La séparation des patrimoines ne saurait appartenir aux légataires universels ou à titre universel. Car d'un côté ils sont *loco hæredum*, puisque d'après les art. 1009 et 1012 ils sont tenus des dettes et charges héréditaires. D'un autre côté ils n'ont pas besoin de ce bénéfice pour repousser, après le partage, les poursuites des créanciers de leurs cohéritiers sur les biens qui leur sont advenus. (art. 883).

Ce n'est pas d'ailleurs la seule garantie accordée par la loi aux légataires particuliers. L'art. 1017 leur accorde une hypothèque sur les immeubles de la succession. C'est au moins ce qui résulte des expressions employées par cet article : les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs en seront tenus hypothécairement pour le tout. On l'a contesté pourtant, et quelques auteurs parmi lesquels se trouvent MM. Aubry et Rau (t. 7, § 722, note 24), ont prétendu que cette hypothèque légale n'existait plus aujourd'hui au profit des légataires. Cette doctrine a été adoptée par la loi hypothécaire belge du 16 déc. 1851 ; les art. 42 et 44 ont abrogé implicitement l'hypothèque légale des légataires. Ceux-ci n'ont d'hypothèque que si le testateur leur en reconnaît une sur un ou plusieurs immeubles spéciaux désignés par le testament, et cette hypothèque testamentaire est réglée par les règles générales de publicité et de spécialité établies

pour les hypothèques conventionnelles (V. Laurens op. cit., t. 14, nº 174 — t. 30, nº 543).

Sans entrer dans l'examen de la controverse, nous ferons seulement remarquer que le défaut capital du système français, c'est de regarder comme non écrite la seconde partie de l'art. 1017, et en outre de ne tenir aucun compte des traditions de l'ancienne jurisprudence qui reconnaissait presque universellement une hypothèque aux légataires (Voy. Merlin, Rep. Vº Légataire, § 6, nº XIII). Cette hypothèque ne leur sera pas d'ailleurs inutile, car il existe entre elle et le droit de demander la séparation des patrimoines des différences importantes :

1º Le droit de séparation est général, en ce sens qu'il porte sur tous les biens, mobiliers ou immobiliers de la succession. — L'hypothèque des légataires est spéciale, car elle n'affecte que les immeubles héréditaires.

2º Prise dans les six mois du décès, l'inscription du droit de séparation a un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession, art. 2111 — L'inscription de l'hypothèque au contraire ne produit jamais son effet qu'à sa date.

3º La séparation est privée du droit de suite dont se trouve investie l'hypothèque.

4º L'acceptation de l'héritier pour débiteur, qui fait obstacle à la demande en séparation (art. 879), laisse subsister l'hypothèque.

5º Cette dernière garantie est indivisible, tandis

que le droit de préférence engendré par la séparation ne l'est pas, ainsi qu'on le verra ci-après.

§ 2. — *Sujets passifs.*

Ici il ne s'agit pas de la question de forme, mais seulement de rechercher contre qui la séparation des patrimoines produit ses effets. C'est « contre tout créancier, » dit l'art. 878.

De là il suit : 1° que la séparation des patrimoines n'est pas dirigée contre l'héritier. Car le droit de préférence qui en résulte ne peut exister que là où il y a concours, et le concours lui-même a lieu seulement entre divers créanciers, mais non entre des créanciers et leur débiteur ; — 2° qu'elle produit son effet contre tout créancier de l'héritier, quelque favorable que soit sa condition personnelle ou la cause de sa créance.

Aussi les créanciers de la succession pourront l'invoquer contre la femme de l'héritier, quoique créancière de son mari à raison de sa dot et de ses reprises matrimoniales, contre l'interdit ou le mineur dont la tutelle aurait été gérée par l'héritier, contre tout créancier hypothécaire ou privilégié de ce dernier, qu'il s'agisse d'un privilége spécial ou général. Tout au plus pourrait-on apporter une restriction à ce principe en ce qui concerne les créanciers privilégiés, suivant le n° 3 de l'art. 2102

et les nos 4 et 5 de l'art. 2103. Ces créanciers seront privilégiés sur la chose héréditaire par eux conservée ou améliorée, sans que les séparatistes puissent se prévaloir de l'art. 878 pour prétendre un droit préférable au leur. Mais même dans ce cas il n'y aura pas exception au principe posé par ce dernier article, parce que, disent MM. Aubry et Rau, (§ 619, note 11), « les personnes auxquelles sont dues des charges de l'hérédité doivent, en matière de séparation des patrimoines, être assimilées aux créanciers, non de l'héritier, mais du défunt. » Ces personnes auront donc même le droit de se porter séparatistes.

Le fisc sera aussi écarté par les créanciers de la succession. Outre l'argument de texte tiré de l'art. 878, nous pouvons même fournir une preuve péremptoire que telle a été l'intention du législateur de 1804. L'art. 198 (liv. 3 tit. 1) du projet de la commission de rédaction renfermait le § suivant : Ils peuvent former cette demande contre tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils soient, même contre la République. (Fenet, t. 2, p. 156). Et maintenant si ces derniers mots ne se retrouvent plus dans l'art. 878 actuel, c'est sur les observations des tribunaux d'appel ; celui de Lyon en effet en demanda la suppression : « Il doit être posé en principe, disait-il, que la République, pour toutes les actions qu'elle exerce ou qu'elle soutient, pour toutes les propriétés qu'elle possède, qu'elle vend ou qu'elle acquiert, en un mot, pour tous les actes

du Droit civil, est soumise aux mêmes lois que les citoyens. » (V. Fenet, t. 4, p. 127 et 128).

Du reste, lorsque nous disons que la séparation peut être invoquée *etiam adversus fiscum*, il ne faut pas en conclure qu'elle lui sera toujours opposable. Il peut se trouver et se trouvera même souvent, pour le recouvrement de certains impôts, au rang des créanciers de la succession ; et alors, de même que le fisc, créancier de l'héritier, est traité comme tel, de même aussi créancier du défunt, il est fondé à invoquer le droit commun et à faire valoir les priviléges que lui assurent les diverses lois protectrices de ses droits.

Que faut-il entendre par créanciers de l'héritier? Ces expressions comprennent tous ceux qui tiennent leurs droits d'un successeur *in universum jus*, héritier légitime ou testamentaire, régulier ou irrégulier. La séparation des patrimoines est donc recevable contre les créanciers d'un légataire ou d'un donataire universel ou à titre universel (Paris 16 déc. 1848, D. 49. 2. 121). On l'a contesté pourtant ; la loi, a-t-on dit, n'accorde ce droit qu'aux créanciers d'une succession *ab intestat* et le dénie à ceux d'une succession testamentaire, Mais cette opinion n'a pas été admise, et nous croyons qu'elle ne pouvait pas l'être. Le mot héritier, employé dans l'art. 878, trouve son explication dans les expressions plus larges de l'art. 2111 : A l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt. L'art. 2111 n'existât-il pas, il fau-

drait décider encore ainsi, car l'art. 878 en disant : Ils peuvent demander..., se réfère manifestement aux créanciers visés par l'art. 877.

Or ceux-ci sont les créanciers de la succession, sans distinguer si elle est testamentaire ou *ab intestat* ; cela n'est pas douteux. Pourquoi donc en serait-il différemment pour l'art. 878? On nous oppose que le droit de séparation est un droit de préférence, qui doit être limité aux termes du Code ; or les art. 878-881 qui s'en occupent sont placés au titre des successions *ab intestat*. Mais, répondrons-nous, ce titre ne contient-il pas aussi bon nombre de dispositions certainement applicables aux legs universels et à titre universel, comme les dispositions relatives aux formes et aux effets du partage, à la garantie des lots, et même les art. 877 et 882, pour ne pas sortir de notre section ? Ajoutons que les créanciers d'un héritier testamentaire peuvent s'attaquer aux biens du *de cujus* par suite de la confusion des patrimoines. Les créanciers de ce dernier se trouvent donc exposés aux mêmes dangers que dans le cas de succession *ab intestat*. Par conséquent le même bénéfice leur compète, *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*.

Mais il en serait autrement, s'il s'agissait pour les créanciers de la succession de se porter séparatistes contre les créanciers d'un cessionnaire de tous les droits successifs. L'opinion contraire, soutenue par quelques auteurs, nous

paraît complètement inacceptable. Car le cessionnaire de droits successifs n'est qu'un successeur particulier qui n'est pas vis-à-vis des créanciers de la succession le représentant de l'héritier cédant et qui ne devient pas leur débiteur personnel. L'action Paulienne serait seule recevable, si la cession avait été frauduleuse (Voy. Demol., n° 127 — Aubry et Rau, § 619, p. 480, note 29).

CHAPITRE III

DES BIENS AUXQUELS S'APPLIQUE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

La séparation des patrimoines ne porte pas sur tel ou tel objet extérieur dépendant de la succession d'une personne, mais bien sur une pure abstraction, le patrimoine du défunt (art. 878), c'est-à-dire sur la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Les objets extérieurs dont le patrimoine se compose n'en font pas partie eux-mêmes, et sous le rapport de leur nature constitutive, mais seulement en qualité de biens, et sous le rapport de l'utilité qu'ils peuvent offrir. A ce point de vue, ils se ramènent tous à l'idée commune d'une valeur pécuniaire, et par

cela même ils revêtent, les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles : de là, la règle *in judiciis universalibus, res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* (Aubry et Rau, t. 6, §§ 573, 575).

Il en résulte que l'action en séparation des patrimoines est de sa nature une action universelle (*judicium universale*) et le droit de préférence qui en découle, non-seulement porte sur tel ou tel objet qui se trouve en nature dans l'hérédité, mais encore il peut être invoqué à l'occasion de la répartition de toute espèce de valeurs héréditaires, et de la distribution du prix de chacun des objets mobiliers ou immobiliers, faisant partie de la succession; parce que ces valeurs ou ce prix ont pris la place des objets même de l'hérédité. Pour le même motif, ce droit de préférence s'exerce non-seulement sur les biens qui se trouvaient dans le patrimoine du défunt au moment de son décès, mais aussi sur toutes les choses meubles ou immeubles qui ont pris la place de ces derniers ou qui y ont été substitués ou subrogés, *subrogatum sapit naturam subrogati ;* comme aussi sur tout ce qui fait partie de l'hérédité par suite d'accession ou d'accroissement.

Ainsi, le droit de séparation s'applique à la créance du prix d'une chose héréditaire, soit mobilière soit immobilière, aliénée par l'héritier (article 747, arg. d'anal.). Mais ce prix doit être encore dû ; s'il ne l'était plus, la confusion qui se serait

opérée dans ce cas s'opposerait à l'exercice du droit des créanciers séparatistes. Et lors même que les créanciers de l'héritier auraient pu contraindre l'acquéreur à payer une seconde fois, les créanciers de la succession ne seraient plus fondés à intervenir dans l'ordre pour y faire valoir leur préférence sur ce prix (Paris, 29 août 1811, arrêt confirmé en Cass. le 27 juill. 1813, S. 4. 1. 407). — C'est ainsi encore que dans le cas d'échange par l'héritier d'un objet de la succession, le droit des séparatistes se reporterait sur l'objet reçu en contre-échange, pourvu que son origine fut certaine (Nîmes, 21 juill. 1852, S. 53. 2. 701).

Quid des fruits naturels ou civils perçus ou échus depuis le décès du défunt? sont-ils soumis à l'action en séparation des patrimoines? Quelques auteurs ont soutenu que les fruits produits par les choses héréditaires après le décès du défunt et avant l'introduction de la demande en séparation, devaient échapper aux effets de cette demande. Ces fruits, dès qu'ils ont été perçus, se sont confondus dans le patrimoine de l'héritier; de plus n'étant échus que depuis l'ouverture de la succession, ils n'ont jamais appartenu au défunt, par suite ses créanciers n'ont jamais pu les considérer comme étant leur gage. Il y a en ce sens un arrêt du Parlement de Paris, du 16 fév. 1694, rapporté par Brillon (Dict. des arrêts, V° séparation, n° 4). Nous pensons au contraire que la séparation des patrimoines peut s'exercer sur les fruits produits par les biens

héréditaires depuis le décès du *de cujus*. A l'arrêt du Parlement nous opposons l'opinion contraire de Lebrun : « Si un créancier de l'héritier saisit le premier des loyers dus d'une maison de la succession, et qu'un créancier du défunt saisisse le second, la préférence est due à celui-ci, quoique les loyers soient échus depuis le décès.. » (tr. des succ., loc. cit., n° 24 *in fine*).

Vainement dit-on que les fruits, dès qu'ils ont été perçus, se sont confondus dans le patrimoine de l'héritier, car si l'argument était fondé, il serait applicable aux fruits perçus après l'introduction de la demande en séparation comme à ceux perçus avant ; et néanmoins les partisans du système que nous combattons reconnaissent que la séparation pourrait en être demandée. Ce qui prouve qu'on ne saurait regarder le seul fait de la perception par l'héritier des fruits héréditaires comme emportant nécessairement une confusion de ces fruits avec ses biens personnels. Sans doute cette confusion est possible, mais on peut concevoir telle hypothèse où elle ne se produira pas. C'est ce qui arrivera dans le cas où il aura été donné par l'héritier mandat à un tiers de toucher les loyers d'un immeuble héréditaire, tant que les deniers touchés par ce dernier ne seront pas sortis de sa caisse. Il en sera de même si un colon partiaire dépose dans un bâtiment de la ferme destiné à cet usage exclusif les fruits qu'il doit prester en nature, conformément aux termes de son contrat.

Donc on ne peut soutenir a priori que la perception seule, indépendamment de toute confusion de fait, entraîne, lorsqu'elle a eu lieu avant l'introduction de la demande des créanciers, une confusion de droit formant obstacle à l'efficacité de cette demande. Il n'y a là qu'une question de fait ; on devra rechercher, d'après les circonstances qui ont accompagné la perception des fruits, si leur origine et leur identité peuvent être constatées, et cela sans distinguer entre les fruits perçus avant ou après la demande en séparation. Mais en tous cas, le fait ne saurait être invoqué contre le droit. En ce qui concerne la seconde objection, on y a répondu de différentes manières. M. Demolombe a dit que l'effet de la séparation était de modifier et même de supprimer quant aux rapports existant entre les deux masses de créanciers, la transmission héréditaire et par conséquent le droit de propriété de l'héritier sur les biens du défunt (loc. cit., n° 132, p. 145). Mais la séparation des patrimoines tend si peu à résoudre le droit de l'héritier, qu'il peut aliéner librement les biens héréditaires et qu'il a droit à l'excédant de l'actif sur le passif. MM. Aubry et Rau (§ 619, note 21) ont invoqué, et nous croyons, avec raison, la maxime *fructus augent hereditatem*. Sans doute, disent les savants auteurs, l'art. 138 repousse cette règle en matière de pétition d'hérédité : mais c'est uniquement à raison de la bonne foi de celui contre lequel cette action est dirigée. Par conséquent elle doit recevoir son application

en matière de séparation des patrimoines où cette considération ne se présente pas.

Que décider par rapport aux actions ? Si leur mise en exercice doit produire quelque actif, rien ne s'oppose à ce que la règle générale soit appliquée. Ces actions peuvent exister soit contre les tiers, soit contre l'héritier.

Les actions du défunt contre les tiers peuvent être l'objet de la séparation des patrimoines, en ce sens que les créanciers les exerceront du chef de l'héritier, représentant le *de cujus*, aux termes de l'art. 1166, et qu'ils ne seront pas tenus d'en partager l'émolument avec les créanciers personnels de l'héritier. Il en serait ainsi des actions par lesquelles le défunt aurait pu obtenir la restitution des choses détenues par des tiers à titre de louage, de dépôt ou de prêt, etc... Les mêmes règles seraient, suivant nous, applicables au cas où un immeuble ferait retour à l'hérédité, par l'exercice d'une action résolutoire ; ce serait certainement un bien héréditaire, possédé désormais par l'héritier à titre de succession, car l'action résolutoire a pour effet d'effacer le trait du temps et de faire considérer l'aliénation comme n'ayant jamais eu lieu.

Spécialement dans le cas de vente à remeré, consentie par le défunt à un tiers qui aurait payé le prix de son acquisition, les créanciers séparatistes pourraient réclamer la séparation de ce droit, c'est-à-dire exercer le réméré, pourvu d'ailleurs que la succession se fut ouverte avant l'expiration

du délai fixé pour le rachat. Dans le cas où la faculté de rachat aurait été exercée par l'héritier lui-même, les créanciers de la succession auraient encore droit à l'immeuble rentré dans ses mains, mais à la charge de lui rembourser le montant de ses déboursés.

Relativement aux actions qui peuvent compéter au défunt contre l'héritier, les séparatistes les exerceront par préférence aux créanciers propres de l'héritier. Et ils le pourront d'autant mieux, que l'héritier qui n'a pas le droit d'opposer aux premiers l'extinction de l'obligation par confusion, opposera toujours avec succès aux seconds ce moyen péremptoire.

Mais, si la séparation des patrimoines s'applique à tous les biens qui ont appartenu au défunt, il faut dire aussi qu'elle ne s'applique qu'à ceux-là. Ainsi, son effet ne s'étend pas aux sommes obtenues par l'héritier à titre de dommages et intérêts, contre le meurtrier du *de cujus* ; ni aux choses que le défunt aurait données par acte entre vifs à ses héritiers et qui seraient soumises à rapport ou à réduction (art. 857,921).

En terminant, signalons une exception importante au principe que la séparation des patrimoines s'applique à tous les biens du défunt. Suivant les lois du 8 nivose an VI et du 22 floréal an VII, les capitaux et arrérages des rentes sur l'État sont insaisissables. La cour de Paris (16 déc. 1848, D. 49, 121) a jugé, par application de cette règle, que ces

rentes échappaient à l'action des créanciers séparatistes. En effet, la séparation des patrimoines appliquée aux rentes sur l'État, en permettant aux créanciers de s'en emparer, irait à l'encontre du but de ces lois, qui a été d'en assurer la jouissance au crédit rentier.

CHAPITRE IV

DE LA PROCÉDURE EN SÉPARATION

I

Quelles formalités doivent remplir ceux qui veulent user de ce bénéfice? Doivent-ils, pour que la séparation existe, former une demande préalable en justice et faire prononcer la séparation par un jugement, ou bien a-t-elle lieu de plein droit? La question est très controversée : deux systèmes sont en présence.

Le premier, adopté par la généralité des auteurs (Aubry et Rau, § 619, n° 2; — Laurens, loc. cit., n^{os} 15 et s.) et la jurisprudence, enseigne que la séparation des patrimoines n'a pas lieu de plein droit; elle suppose une demande formée dans ce but. Au reste, si les créanciers du défunt et les

légataires peuvent en réclamer le bénéfice par voie d'action, ils peuvent aussi s'en prévaloir par voie d'exception et incidemment à toute demande en collocation sur le prix des biens héréditaires, qui serait formée par les créanciers de l'héritier. Mais, même dans ce dernier cas, une instance judiciaire et un jugement *ad hoc* seraient nécessaires.

Ce système s'appuie sur les expressions littérales des textes : l'art. 878 dit : « les créanciers demandent »; l'art. 880, « l'action peut être exercée »; l'art. 2111 répète la même expression : « qui demandent ». Or, dit-on, là où il y a un demandeur et un défendeur, il y a procès; donc l'intervention du juge est nécessaire pour que la séparation existe. On ajoute que cette garantie accordée aux créanciers d'une succession est une dérogation aux principes : c'est un bénéfice, et tout bénéfice doit être demandé, et demandé en justice, à moins que la loi ne se contente d'une autre forme. Tel est le sens naturel du mot demande, dans la langue juridique. Sans doute nos codes sont complètement muets sur la procédure à suivre en pareil cas; mais « c'est pour une raison très simple; les règles générales suffisent, et reçoivent par conséquent leur application » (Laurens, loc. cit., n° 15).

Le second système nie la nécessité d'une demande principale ou incidente en séparation. Ce bénéfice a lieu de plein droit, en ce sens que les créanciers de la succession n'ont qu'à invoquer leur droit de préférence devant le juge-commis-

saire de l'ordre ou de la distribution des deniers et avant la clôture de cette procédure (Taulier, th. rais. du C. civil, t. VII, p. 215 ; — Dollinger, Rev. crit. de lég., t. XII, p. 407 et s.; — Demolombe, n° 139 et s.).

Nous admettons sans hésiter ce dernier système. La raison, et surtout l'histoire, nous paraissent militer en sa faveur :

L'histoire d'abord. Nous avons essayé de prouver que déjà dans l'ancien Droit, « la séparation était de plein droit et non sujette à demande » (Lebrun). Mais l'expression « demande en séparation » fut consacrée dans l'usage, bien que la nécessité d'une demande proprement dite eût disparu. Les art. 878, 880, 881, 2111, qui emploient les mêmes locutions, les ont empruntées à nos anciens auteurs, avec la même signification qu'elles avaient déjà. Demander, dirons-nous avec M. Demolombe, c'est invoquer, opposer : voilà le vrai sens des mots expliqué par leur origine historique. Pourrait-il en être autrement, en présence du silence absolu gardé sur la procédure à suivre en pareil cas? Si le législateur de 1804 eût voulu qu'une demande proprement dite en séparation de patrimoines fût intentée, il n'aurait pas manqué de tracer à cet égard quelques règles; les difficultés pratiques soulevées par une pareille demande auraient certainement appelé son attention. Or, il n'existe dans nos Codes aucun texte qui détermine la marche à suivre pour l'exercice de cette prétendue action,

tandis qu'on y trouve organisée la procédure relative au bénéfice d'inventaire Pourquoi l'une et non pas l'autre?...

En outre, la raison prouve que le système contraire au nôtre est impraticable. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à se demander contre qui le créancier de la succession dirigera sa prétendue demande.

Ce sera contre l'héritier, disent beaucoup d'auteurs et quelques arrêts (Nancy, 14 fév. 1833, s. 35, 2, 304; — Paris, 15 nov. 1856, s. 57, 2, 8: — Nancy, 14 juill. 1875, s. 76, 2, 151), car il doit être considéré comme le représentant de tous ses créanciers.

Mais, répondent d'autres auteurs (Aubry et Rau, § 619, note 16; — Poitiers, 8 août 1828, s. 31, 2, 82), l'héritier n'a rien à faire en pareille circonstance. C'est contre ses créanciers particuliers que la demande doit être formée : l'art. 878 est formel sur ce point. A quel titre l'héritier viendrait-il y défendre? Que lui importe la séparation des patrimoines! Est-il séparé des créanciers de la succession? Est-il privé, par l'effet de la demande, de la libre disposition des biens qui lui ont été transmis par le défunt (Voy. cep., art. 2111, al. 2)? N'est-il pas, quoiqu'il arrive, débiteur personnel des dettes de la succession par suite de la saisine confirmée par son acceptation de l'hérédité, et tenu de les acquitter, soit sur les biens héréditaires, soit sur ses biens propres?

L'héritier est donc tout à fait désintéressé dans la question : l'issue du procès lui est indifférente. Dès lors, il est impossible que la loi ait entendu lui remettre le soin d'y défendre.

Mais s'ensuit-il, comme le prétendent MM. Aubry et Rau, que la demande en séparation puisse être formée contre les créanciers de l'héritier? Très souvent, non ; ce serait se heurter à une impossibilité matérielle. Pour assigner les créanciers de l'héritier, il faut au préalable les connaître, et comment les découvrir? Ceux-ci, qui connaissent l'état des affaires de leur débiteur et qui sont enchantés de la bonne aubaine qui lui arrive, tâcheront autant que possible de se dérober aux recherches des créanciers de la succession. Le droit des séparatistes pourra donc se trouver paralysé.

Cela est d'évidence, et MM. Aubry et Rau eux-mêmes reconnaissent que pour les meubles les créanciers de l'héritier pourront ne pas se présenter dans les trois ans fixés aux créanciers de la succession par l'art. 880 pour exercer leur droit. Ce qui constitue un danger sérieux pour ces derniers, car peut-être auraient-ils intérêt à introduire une demande contre les créanciers de l'héritier afin d'échapper à la prescription triennale, surtout si leur créance était conditionnelle ou à terme. En vain invoqueraient-ils la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio*, puisque cette maxime n'est consacrée par aucun texte de la législation actuelle. Bien plus, l'art. 2251 la re-

pousse en matière de prescription ordinaire (Voy. sur ce point Mourlon, rép. écrites. to. 3, n° 1893) ; *a fortiori* doit-il en être de même dans tous les cas où la loi a trouvé bon de resserrer le droit d'agir dans des limites plus étroites, et par conséquent dans notre matière.

D'ailleurs quand même les créanciers de la succession parviendraient à mettre en cause un ou plusieurs créanciers de l'héritier, ne faudra-t-il pas qu'ils renouvellent leur demande en séparation si l'héritier contracte de nouvelles dettes ou s'ils viennent à avoir connaissance de créanciers qui ne sont pas intervenus dans l'instance déjà dirigée contre leurs cocréanciers ; de sorte que le demandeur en séparation devra obtenir autant de jugements qu'il parviendra à découvrir de créanciers à l'héritier ? Et s'il existe plusieurs héritiers, on verra se multiplier à l'infini ces procédures qui entraîneront, au préjudice de tout le monde, une perte de temps considérable et des frais énormes. Est-il possible, nous le demandons, que le législateur ait eu l'intention d'organiser un pareil système !

Enfin dans une troisième opinion, on a voulu résoudre la difficulté en distinguant suivant que les créanciers de l'héritier étaient connus ou inconnus : la demande en séparation devrait être dirigée dans le premier cas contre les créanciers, dans le second contre l'héritier (sic Laurens, n° 11 — Paris, 31 juill. 1852, S. 52. 2. 604 — Cass. 16 août

1869, S. 69. 1. 417). Mais c'est là évidemment une distinction arbitraire, et de nature à faire naître dans la pratique beaucoup d'incertitudes et de difficultés ; comment établir que les créanciers de la succession connaissaient ou ignoraient l'existence des créanciers de l'héritier ?

Il n'est pas jusqu'à la question de savoir dans quel délai la demande en séparation doit ou peut être faite qui n'ait été controversée. Merlin (quest., V° Sep. des patr., § 2, 5°) a prétendu que les créanciers de la succession devaient, non-seulement s'inscrire dans le délai des six mois à dater de l'ouverture de la succession (art. 2111), mais encore former, dans le même délai, leur demande en séparation des patrimoines. Mais cette opinion, malgré la grande autorité du jurisconsulte qui la soutenait, n'a trouvé que de rares adhérents, et elle est aujourd'hui abandonnée, avec raison, par la doctrine et la jurisprudence (V. sur ce point Aubry et Rau, § 619, note 42 — jug. du trib. civil de la Seine, Gaz. des trib. des 13-14 oct, 1879).

Toutes ces divergences prouvent combien de difficultés pour ainsi dire insurmontables soulèverait dans la pratique la nécessité d'une demande en justice. Les créanciers de la succession tiennent directement de la loi d'exercer ce bénéfice. A quoi bon faire reconnaître par une action en justice un bénéfice, qui existe déjà en vertu de la loi? La seule question qui puisse faire l'objet d'un débat, c'est le point de savoir si les deman-

deurs en séparation sont de véritables créanciers du défunt, mais alors il ne s'agira plus de séparation, ce sera l'existence du droit lui-même qui sera en question, et encore une fois les créanciers du *de cujus* n'ont pas besoin de s'adresser aux tribunaux pour faire reconnaître uniquement leur droit de préférence sur les biens héréditaires à l'encontre des créanciers de l'héritier. Car la séparation des patrimoines n'est plus, comme en Droit romain, effective, la séparation des biens du défunt et de l'héritier en deux masses distinctes n'a plus lieu réellement en fait, ce bénéfice se résume en réalité en un simple droit de préférence sur les biens de la succession attaché à la qualité de créancier du défunt, et par suite il est inutile de provoquer un jugement ; il n'y a qu'à l'invoquer suivant les formes légales. Sans doute une demande sera bien nécessaire dans le cas où l'exercice du droit à la séparation serait contesté par les créanciers de l'héritier qui invoqueraient par exemple une cause de déchéance. En cas de résistance de leur part, il faudra bien recourir à une demande judiciaire en séparation, « absolument comme il faudrait une demande pour faire reconnaître la qualité d'héritier qui vous est déniée, et que vous tenez ainsi de la loi parce que personne ne peut être juge en sa propre cause, ni se faire justice à soi-même » (Dollinger, loc. cit., t. 21, n° 106 bis). Mais dans ce cas la demande en séparation et le jugement qui la suivra ne donneront pas naissance au droit des sé-

paratistes qui existe déjà en vertu de la loi en faveur de tout créancier de la succession. Le jugement sera déclaratif d'un droit préexistant et non constitutif d'un droit nouveau, il aura pour unique effet de le faire reconnaître ou de le confirmer en écartant les fins de non recevoir qu'on pouvait lui opposer.

Quel est en définitive le système de la loi ? Une demande spéciale en justice n'est pas nécessaire aux créanciers qui veulent user de la séparation des patrimoines. Ce bénéfice a lieu de plein droit, dès qu'il est opposé ; car encore faut-il qu'il le soit, et il ne saurait appartenir en aucun cas au juge. Commissaire de l'ordre ou de la distribution des deniers de l'ordonner, si le créancier n'y avait formellement conclu. Celui-ci l'invoquera, devant ce juge, en l'opposant sous forme incidente, il prétendra un droit de préférence à l'encontre des créanciers de l'héritier qui se présenteront, pour être colloqués en concours avec lui, sur le prix provenant de la vente des biens héréditaires, en invoquant son titre de créancier de la succession et conformément aux règles édictées par les art. 660, 661 et s., 754 et s. du C. de pr. civ. S'il s'élève des difficultés, le juge-commissaire renverra à l'audience (art. 666, 758 pr. civ.)

Mais si les créanciers de la succession ne sont pas tenus de former une demande en justice, il ne leur est pas cependant défendu de faire reconnaître par ce moyen leur droit à la séparation des patri-

moines. Une demande leur sera parfois très utile. Il peut arriver, en effet, que les créanciers n'aient ni qualité ni intérêt à exercer leur droit, comme s'ils sont créanciers ou légataires à terme ou sous condition, ou bien encore s'ils ignorent l'existence des créanciers de l'héritier. En cet état, les créanciers du *de cujus*, s'ils se trouvent en présence d'une succession mobilière, ont intérêt à éviter la déchéance triennale dont les menace l'art. 880, al. 1, afin de pouvoir exercer effectivement leur droit de préférence, quand ils auront qualité pour l'exercer ou intérêt à le faire. Une demande en justice peut encore faciliter la preuve de la mauvaise foi de l'héritier qui viendrait à aliéner les meubles héréditaires. En pareil cas, le demandeur en séparation doit, nous semble-t-il, agir non pas contre l'héritier, mais contre ses créanciers. Car l'héritier ne saurait être considéré comme le représentant de ses créanciers, en tant qu'il ne s'agit que de conserver le droit d'exercer en temps et lieu la séparation des patrimoines, un débiteur ne représentant jamais une partie de ses créanciers dans les questions d'établissement ou de conservation des droits de préférence, que d'autres créanciers entendraient faire valoir (Aubry et Rau, § 619, note 32). Ces droits de préférence ne s'exercent d'ailleurs que contre les créanciers de l'héritier. Il est donc logique que l'action, qui tend à les proclamer, ne soit intentée que contre ceux-là seuls qui ont intérêt à y contredire (*Contra*, Demolombe, n° 145). Vis-à-

vis de l'héritier, les créanciers de la succession agiront par d'autres moyens que la séparation des patrimoines. Il leur est, en effet, permis de recourir à toutes les mesures conservatoires que le législateur met à leur disposition pour sauvegarder leurs droits.

II

Quels sont ces mesures conservatoires? Distinguons suivant la nature des biens auxquels s'applique la séparation des patrimoines.

A. — Relativement aux meubles, tout créancier a le droit de requérir, à ses frais bien entendu, l'apposition des scellés (art. 909 Pr. c.), ou y former opposition (art. 926, 927 Pr. c.). L'art. 941, combiné avec l'art. 909, lui permet de faire dresser un inventaire du mobilier de la succession. Sans doute, cet inventaire ne suffira pas pour empêcher la confusion; mais il fixera la consistance du mobilier et mettra les créanciers à même d'exercer leurs droits en pleine connaissance de cause.

Le créancier de la succession dont le droit est certain et exigible peut, s'il craint de voir s'accomplir contre lui la prescription de l'art. 880, al. 1, entamer lui-même les poursuites contre l'héritier, faire saisir et vendre les valeurs mobilières de la succession, conformément à l'art.

826 C. c. On procédera à cette vente suivant les formalités édictées par l'art. 617 Pr. c., et elle ne pourra pas se faire à l'amiable, puisque l'art, 952 du même Code exige l'accomplissement des formalités prescrites, toutes les fois qu'il y a des tiers intéressés. Si le défunt avait des droits de créance contre des tiers ou s'il s'agissait du prix d'objets héréditaires vendus par l'héritier, les séparatistes pourraient pratiquer des saisies-arrêt entre les mains des tiers débiteurs. En un mot, le créancier pur et simple de la succession a le droit de recourir à toutes les mesures de droit commun auxquelles son titre lui donne droit.

Si, au contraire, ce créancier est conditionnel, il ne pourra certainement procéder à aucun acte d'exécution, ni saisir-exécuter, ni saisir-revendiquer, ni même, à notre avis, saisir-arrêter (*sic* Dijon, 12 mars 1874, s. 74, 2, 210, et les arrêts cités à la note ; — Poitiers, 12 déc. 1876, s. 78, 2, 39). L'art. 1180 ne l'autorise qu'à faire des actes conservatoires.

Mais, serait-il permis au créancier conditionnel ou à terme de la succession d'exiger de l'héritier, par défiance de ce dernier et en prévision de l'avenir, des garanties ou des sûretés quelconques pour la conservation de leurs droits sur le mobilier héréditaire? Pourrait-il le forcer à faire emploi de ce mobilier ou à donner caution, ou bien à prendre une somme suffisante pour la placer sur hypothèque? La jurisprudence a d'abord admis la négative par

deux arrêts fortement motivés de la Cour de Paris, en date, l'un du 31 juillet 1852 (s. 52, 2, 604); l'autre du 28 avril 1865 (s. 66, 2, 49; — D. 67, 2, 156). Le premier a décidé que le légataire d'une rente perpétuelle ne peut réclamer une caution ou une affectation en garantie des droits et actions qu'il a contre la succession. Le second a jugé également que le légataire d'une rente viagère ne peut, au décès de l'héritier ou légataire universel chargé du service de cette rente, former de saisie-arrêt sur les valeurs de la succession, ni exiger l'emploi d'un capital pour assurer le paiement des arrérages à venir. Mais aujourd'hui la jurisprudence paraît être entrée dans une nouvelle voie, car un arrêt de la cour de cassation du 16 août 1869 (s. 69, 1, 417; — D. 69, 1, 463) a jugé que le légataire d'une rente viagère peut pratiquer une saisie-arrêt sur les sommes dues à la succession, à l'effet d'assurer le service de la rente. M. Demolombe (loc. cit., n° 146) va même plus loin et reconnaît aux créanciers héréditaires le droit de se faire assurer, au moyen d'une caution ou de toute autre mesure de garantie dont l'appréciation, suivant les circonstances, appartiendra aux tribunaux contre la dissipation ou le détournement du mobilier successoral.

Tel n'est pas notre avis. Pour nous, un crédirentier, pas plus que tout autre créancier héréditaire, ne peut réclamer de l'héritier une caution ou le placement de certaines valeurs devant lui servir de garanties. Décider le contraire, c'est éten-

dre la séparation des patrimoines au-delà du but spécial et purement relatif en vue duquel elle a été admise. A quoi est-elle en effet destinée ? Uniquement à conserver aux créanciers la position qu'ils avaient avant la mort de leur débiteur. Mais la séparation ne peut leur donner rien de plus, et les créanciers de la succession ne sauraient prétendre contre l'héritier des droits plus étendus que ceux qu'ils avaient contre le *de cujus*. Ils restent donc soumis aux dangers dont ils étaient déjà menacés du vivant de ce dernier. Le défunt, le vrai débiteur, était libre incontestablement d'aliéner; ce droit lui appartenait alors même que le créancier eût été hypothécaire ou privilégié, car ces deux droits réels n'empêchent pas le débiteur de disposer de ses biens, il n'autorisent pas non plus à demander au tribunal des mesures conservatoires de la nature de celle dont nous parlons, mais seulement à critiquer le prix d'aliénation. L'héritier, mis au lieu et place du défunt, doit pouvoir en principe faire tous les actes permis au défunt, et, par conséquent, il doit conserver la libre disposition des biens de la succession. A vrai dire, la séparation des patrimoines est étrangère à l'héritier; ce n'est pas contre lui qu'elle est dirigée, mais contre ses créanciers, et elle n'a, en somme, d'autre résultat, comme nous le verrons, que d'empêcher le concours des créanciers particuliers de l'héritier avec ceux du défunt, sur le produit des valeurs héréditaires vendues. Donc, elle ne modifie pas les droits résultant pour

lui de la saisine, qui, d'ailleurs, continue de subsister. Or, astreindre l'héritier à fournir caution ou des sûretés héréditaires, ce serait entraver, à son préjudice, le droit de libre disposition dont il jouit sur les meubles de la succession; ce serait dénaturer complètement ses droits de propriétaire.

Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait un texte formel. Or la loi n'a organisé nulle part les mesures conservatoires qu'on prétend attribuer aux créanciers de la succession. On nous objecte pourtant l'art. 807, d'après lequel les créanciers héréditaires ont le droit d'exiger caution de l'héritier bénéficiaire qui veut conserver le mobilier de la succession : si les créanciers du défunt, dit-on, peuvent l'exiger dans ce cas où le bénéfice a été introduit en faveur de l'héritier, à plus forte raison doit-il en être de même quand il s'agit de la séparation des patrimoines qui a été introduite dans leur intérêt. Nous répondons que l'obligation imposée par l'art. 807 à l'héritier bénéficiaire ne saurait être étendue par voie d'analogie à l'héritier pur et simple, en l'absence d'un texte formel : les situations sont trop différentes. L'héritier bénéficiaire n'est qu'un administrateur des biens de la succession pour le compte des créanciers et légataires. L'héritier pur et simple, au contraire, est propriétaire et a conservé le droit de libre disposition. Dans le silence de loi, est-il possible de traiter l'héritier pur et simple comme un héritier bénéficiaire? Il ne nous semble pas logique de le décider. Le système

de nos adversaires a pour conséquence de confier aux tribunaux une sorte de pouvoir discrétionnaire qui leur permet de soumettre l'héritier à telle ou telle exigence des créanciers de la succession. Son but est de compléter, c'est-à-dire de faire la loi. Et il ne suffit pas, pour suppléer à la loi, d'invoquer des considérations d'équité qui généralement peuvent être détruites par des raisons en sens contraire (*sic* Aubry et Rau, § 619, notes 60 et 61 ; — Laurens, nos 18 et 19).

B. — Passons aux mesures conservatoires du droit de séparation relativement aux immeubles. Ici le législateur a déterminé de quelle manière les créanciers de la succession peuvent conserver le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines. L'art. 2111 subordonne en effet son efficacité à une condition particulière de publicité qui n'est pas exigée en ce qui concerne les meubles héréditaires : « Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre des successions, est-il dit dans le premier alinéa, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession. »

C'est là une innovation heureuse du Code civil. Le droit de demander la séparation était resté occulte dans notre ancien Droit ; la loi de brumaire ne

l'avait pas non plus soumis à des formes spéciales de publicité. Les rédacteurs du projet du Code en faisaient autant, et c'est sur les observations du tribunal de cassation qu'ils soumirent à la formalité de l'inscription l'exercice du droit confié aux créanciers séparatistes (V. Fenet, to. 2, p. 640).

La publicité était nécessaire pour avertir ceux qui auraient à traiter avec l'héritier pour leur dire que les biens de la succession qu'il vient de recueillir sont affectés à des dettes qui passeront avant celles qu'il pourrait personnellement contracter, pour empêcher qu'il ne présente comme libres ces biens de succession qui lui procureraient un crédit bientôt suivi de déception.

Spécialement dans le cas où l'héritier voudrait leur consentir une hypothèque sur un de ces biens, les tiers sauront que cette hypothèque ne saurait prévaloir contre le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines et régulièrement conservé au moyen de l'inscription prise dans le délai légal. Mais à l'égard des tiers-acquéreurs, cette mesure de publicité n'aura, selon nous, aucune utilité; elle fournira simplement une présomption de mauvaise foi et facilitera la preuve exigée par l'art. 1167, dans le cas où l'aliénation serait révocable, conformément à cette disposition.

Qui doit prendre cette inscription? Tout créancier de la succession, quel qu'il soit, conditionnel ou à terme, privilégié, hypothécaire ou chirographaire. Aucune demande en justice ayant pour

objet la conservation du droit du créancier séparatiste n'est nécessaire.

Cette formalité doit être remplie, même par le créancier hypothécaire inscrit antérieurement au décès, en tant qu'il voudrait se prévaloir des avantages réservés par la loi à la séparation des patrimoines, et notamment se faire colloquer par préférence aux créanciers particuliers de l'héritier, pour la totalité des intérêts de sa créance, dont son inscription primitive, prise conformément à l'art. 2151, n'aurait conservé que deux années et l'année courante (sic Aubry et Rau, § 619, note 37, et tous les auteurs — contra Req. rej. 30 nov. 1847, S. 48. 1. 17).

Dans le même ordre d'idées, on s'est demandé s'il y avait nécessité de s'inscrire, conformément à l'art. 2111, pour le créancier hypothécaire du défunt déjà inscrit avant le décès de ce dernier, en présence d'un créancier de l'héritier ayant une hypothèque générale dont la date serait antérieure à la sienne. Ainsi le débiteur a concédé à l'un de ses créanciers une hypothèque inscrite par celui-ci le 1er août 1878 : le débiteur décède peu après laissant un héritier dont tous les biens sont grevés d'une hypothèque légale ou judiciaire remontant au 1er janvier 1878 : le créancier hypothécaire du défunt a-t-il intérêt à prendre une inscription à fin de séparation des patrimoines? La solution de cette question dépend uniquement du point de savoir si une hypothèque générale s'exerce sur les biens à

venir, comme si ces biens avaient toujours appartenu au débiteur ou bien si elle ne les grève qu'à la date de leur acquisition.

Dans le premier cas, le créancier du défunt doit prendre l'inscription prescrite par l'art. 2111, s'il veut éviter d'être primé par le créancier hypothécaire général ; dans le second cas au contraire, le créancier héréditaire, sûr d'être préféré à celui-ci sur le bien affecté à son hypothèque, n'a pas intérêt, mais à ce point de vue seulement, à se conformer aux prescriptions de l'art. 2111. Cette question ne se rattache pas assez directement à notre sujet, pour que nous la traitions avec tous les développements qu'elle comporte. Déjà controversée dans notre ancien Droit, notamment entre Pothier et Lebrun, elle l'est encore aujourd'hui. Mais pour nous, il est incontestable qu'une hypothèque générale ne peut grever les biens du débiteur qu'à la date de leur acquisition, par conséquent elle ne peut frapper du chef de l'héritier les immeubles héréditaires que du jour du décès et le créancier hypothécaire du défunt n'a pas besoin de s'inscrire, conformément à l'art. 2111, pour être préféré sur l'immeuble héréditaire au créancier hypothécaire général de l'héritier. (sic Aubry et Rau, § 619, n°6, a, note 50 — Demol., n° 196 — Grenoble, 11 mars 1854, S. 54. 2. 737 — Contra Blondeau, p. 490, note 1, — Pont., priv. et hyp., n° 300).

Nous avons supposé l'hypothèque du créancier

héréditaire inscrite du vivant du *de cujus*. Si elle ne l'avait été qu'après son décés, on devrait dans ce cas revenir à l'application de la maxime *prior tempore, potior jure,* et le créancier à hypothèque générale de l'héritier antérieurement inscrit primerait le créancier du défunt. Celui-ci aurait alors intérêt à prendre dans le délai utile l'inscription de l'art 2111, moyennant laquelle il rendrait inefficace à son égard l'hypothèque générale du créancier de l'héritier (art. 2111, al. 2).

Ce délai utile est de six mois à compter de l'ouverture de la succession. Il résulte des expressions, *à compter*, employées par l'art. 2111 que le jour du décès du *de cujus* n'est pas compris dans le délai.

Quant aux formes de l'inscription, ce sont les formes générales édictées par les art. 2146, 2148, 2149. Ainsi, elle se fera, au bureau de la conservation des hypothèques dans le ressort duquel se trouvent les immeubles héréditaires. Il faudra autant d'inscriptions distinctes que d'immeubles situés dans des arrondissements différents. Chaque inscription devra être spéciale, et ne sera valable que relativement aux immeubles qui s'y trouveront désignés par leur nature et leur situation. Serait nulle l'inscription prise, par exemple avec cette simple mention : sur tous les immeubles situés dans l'arrondissement du bureau des hypothèques et ayant appartenu à N... décédé. (arg. de l'art. 2148, n° 5, comb. avec l'art. 2111, al. 1 — sic Dijon 23 nov. 1876, S. 77. 2. 249 et

la note — Lyon 24 déc. 1862, D. 63. 5. 341 — Contra Nîmes 19 fév. 1829, S. 29. 2. 214).

Les créanciers chirographaires, porteurs d'un simple acte sous-seing privé, et les légataires en vertu d'un testament olographe ou mystique peuvent se faire inscrire sur la présentation de leur titre. La disposition de l'art. 2148, al. 1, qui impose à l'inscrivant l'obligation de remettre au conservateur l'original en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à son droit est ici forcément inapplicable. Toutes les énonciations prescrites par les autres alinéas de cet art. doivent d'ailleurs se retrouver dans les deux bordereaux présentés par le séparatiste, sauf celle qu'exige le n° 3 relativement à la date et à la nature du titre, car le créancier héréditaire peut très bien en être dépourvu. Dans ce dernier cas le créancier n'a aucune justification à faire, une simple affirmation de sa part suffit pour requérir l'inscription, sans que le conservateur des hypothèques puisse refuser d'obtempérer à l'injonction du requérant, pour défaut de titre.

Le droit des séparatistes résulte en effet non pas des titres qui le constatent, mais de la loi elle-même qui l'attache à leur seule qualité originaire de créancier du défunt ou du légataire. Au surplus l'inscription est un simple acte conservatoire, ne préjugeant en rien de la validité de l'obligation principale et n'empêchant pas les contestations de la créance lors de la production aux ordres. Le

mérite des inscriptions et des créances sera apprécié lors de la répartition des deniers ; c'est alors que l'inscrivant sera tenu de justifier de sa qualité de créancier ; et s'il est reconnu qu'il ne l'était pas, il pourra, le cas échéant, être condamné à des dommages-intérêts, car l'inscription, impliquant l'insolvabilité de l'héritier, peut être nuisible à son crédit.

Enfin, cette inscription est, comme toutes les autres inscriptions hypothécaires, assujettie au renouvellement dans les dix ans (art. 2154 — sic Agen, 23 janv. 1867, S. 68. 2. 20).

Ces formalités remplies, l'inscription a un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession et par cette rétroactivité elle fait tomber à l'égard des créanciers qui l'ont prise dans les six mois toutes les hypothèques acquises pendant ce temps du chef de l'héritier sur les immeubles héréditaires, sans distinguer si ces hypothèques sont nées avant ou après l'inscription de leur droit. Au contraire s'ils négligent de remplir ces formalités dans le délai de six mois, ils se trouvent primés par les créanciers hypothécaires de l'héritier inscrits avant eux. Sans doute l'art. 2113 autorise les créanciers de la succession à s'inscrire même après l'expiration du délai de six mois. Mais alors l'inscription prise n'a plus d'effet rétroactif et ne produit d'effet qu'à sa date ; par conséquent elle ne leur donnerait un droit de préférence qu'à l'encontre des créanciers de l'héritier qui n'auraient

aucune hypothèque à faire valoir, ou dont les hypothèques n'auraient pris naissance efficacement que postérieurement à la date de cette inscription.

Il ne faut pas croire que l'inscription soit nécessaire d'une manière absolue pour vivifier la séparation des patrimoines. Cette formalité ne présente de l'utilité que dans les rapports des créanciers de la succession avec les créanciers de l'héritier privilégiés ou hypothécaires. Elle n'a pas de valeur à l'égard des créanciers purement chirographaires, c'est-à-dire elle n'est pas à leur égard une condition *sine qua non* de l'exercice de la séparation. En effet « il ne servirait de rien aux créanciers chirographaires d'opposer aux demandeurs en séparation le défaut d'inscription de leur privilége dans les six mois ; car les créanciers, poursuivant la séparation, pourraient, au même instant, prendre une inscription hypothécaire (art. 2113) qui leur assurerait la préférence sur les créanciers chirographaires. » (Troplong, des priv. et hyp., t. 1, n° 325, p. 426.)

Si donc tous les créanciers de l'héritier sont simplement chirographaires, les créanciers de la succession n'ont pas besoin de s'inscrire. Toutefois ils agiront prudemment en le faisant immédiatement après le décès de leur débiteur ; il leur est en effet à peu près impossible de savoir si l'héritier n'a pas de créanciers hypothécaires, et d'ailleurs celui-ci peut tôt ou tard consentir des hypothèques sur les immeubles héréditaires.

Mais nous n'irons pas jusqu'à dire, suivant une opinion qui compte de nombreux partisans, que l'inscription empêche l'acquéreur d'un immeuble vendu par l'héritier de se libérer valablement entre les mains de ce dernier, en l'exposant à payer une seconde fois le prix aux créanciers héréditaires de l'inscription desquels il n'aurait pas tenu compte. Ce serait considérer l'inscription de l'art. 2111 comme une espèce de saisie-arrêt pratiquée entre les mains de l'acquéreur et exagérer les effets que la loi y a attachés.

L'inscription, bornée quant à ses effets aux créanciers de l'héritier, est impuissante contre le tiers-acquéreur ; par conséquent elle ne peut pas créer de lien juridique entre lui et les créanciers de la succession, ni par suite invalider le paiement qu'il a fait au préjudice de ces derniers (sic Aubry et Rau, § 619, note 67).

Les règles que nous venons d'exposer ne sont modifiées, ni par la faillite du défunt, déclarée après son décès, ni par celle de l'héritier.

C'est ainsi que l'inscription à fin de séparation des patrimoines peut être requise, nonobstant la faillite du défunt déclarée après son décès. En fait les créanciers du failli auront rarement intérêt à la prendre ; mais l'hypothèse contraire peut se présenter, car la faillite n'implique pas nécessairement l'insolvabilité et l'héritier peut d'ailleurs être plus obéré que la succession elle-même.

Mais si le failli est l'héritier lui-même, quel

sera quant aux créanciers de la succession l'effet du jugement déclaratif de faillite ? ce jugement aura-t-il pour résultat de les empêcher de prendre valablement l'inscription nécessaire pour s'assurer le bénéfice de leur droit ? La question est quelque peu controversée, mais pour nous la négative est certaine. Vainement se prévaudrait-on des art. 2146, al 1 C. C. et 448 C. Co., car ils ne prohibent que les inscriptions prises sur les biens du failli et ne s'opposent qu'à la constitution, après la faillite, de tout droit de préférence entre les créanciers personnels du failli, tandis qu'il s'agit dans l'espèce d'une inscription prise sur les biens du défunt, et de conserver un droit de préférence sur ces biens au profit d'un créancier du défunt contre les créanciers personnels de l'héritier failli. (Paris, 30 nov. 1861, J. du P., 1862, p 754 — Montpellier, 2 av. 1868, S. 68. 2. 283).

En terminant, voyons rapidement comment la procédure en séparation a été réglementée dans les deux législations étrangères qui ont organisé ce bénéfice de la manière la plus complète. Le code civil italien distingue : pour les meubles, le droit à la séparation s'exerce en en faisant la demande (art. 2059) ; à l'égard des immeubles, le même droit s'exerce par l'inscription de la créance ou du legs sur chacun de ses immeubles au bureau des hypothèques du lieu où ils sont situés. Pour cette inscription, l'exhibition du titre n'est pas nécessaire (art. 2060). Quant au délai dans lequel

la séparation doit se produire, il est de trois mois à partir du jour de l'ouverture de la succession ; ce délai est uniforme pour les meubles comme pour les immeubles (art. 2057). Le code de la Louisiane accorde aussi le même délai (art. 1411) ; mais tout en exigeant, dans l'art. 1409, une demande en séparation, il ajoute, dans l'art. 1410 : « La demande en séparation ne sera reçue qu'autant que le créancier ou les créanciers qui la forment l'accompagneront de leur déclaration assermentée qu'ils croient véritablement que l'héritier est grevé de dettes, et qu'ils ont lieu de craindre que ses dettes personnelles absorbent à leur préjudice les biens de la succession. »

CHAPITRE V

CAUSE DE DÉCHÉANCE DE LA SÉRARATION DES PATRIMOINES

Plusieurs causes peuvent faire perdre le droit d'invoquer la séparation des patrimoines, ce sont : 1° la renonciation des créanciers de la succession à leur bénéfice ; 2° la confusion ; 3° la prescription ; 4° l'aliénation des biens héréditaires faite par l'héritier.

SECTION I — RENONCIATION

La renonciation des créanciers héréditaires et légataires à se prévaloir de la séparation des patrimoines peut être expresse ou tacite : expresse, lorsqu'elle résulte d'un acte formel ; tacite, lorsqu'elle résulte de certaines circonstances qui supposent nécessairement de la part des créanciers l'intention d'accepter sans réserve les effets de la confusion juridique des deux patrimoines et de se contenter de la personne de l'héritier comme débiteur unique. C'est à ce genre de renonciation que se réfère l'art 879 : Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur.

Cette disposition, tirée de Pothier (succ., ch V, art. 4), ne fait que reproduire la décision d'Ulpien, insérée au f. 1 § 10, *de sep*. C'est donc dans le Droit romain que nous devons en chercher l'interprétation. Or selon les lois Romaines, une novation proprement dite n'était pas nécessaire pour mettre obstacle à notre bénéfice ; la *mens eligendi* suffisait, c'est-à-dire l'intention manifestée d'une manière quelconque d'accepter l'héritier pour débiteur personnel à la place du défunt. Il suit

de là que la novation dont parle l'art. 879 n'est pas une novation proprement dite. Elle n'en présente d'ailleurs, rigoureusement parlant, aucun des caractères. La novation véritable est la transformation contractuelle d'une obligation en une obligation nouvelle distincte de la première qui est éteinte avec tous ses accessoires (art. 1279). Cette novation peut s'opérer ou par le changement de l'objet dû, ou par le changement du débiteur, ou par le changement du créancier. Or, dans le cas de l'art. 879, l'acceptation par le créancier de l'héritier pour débiteur n'opère aucun changement dans la dette, l'objet reste le même, le créancier également; la personne du débiteur n'est pas non plus changée, puisque l'héritier accepté pour débiteur ne fait en Droit que continuer la personne de l'ancien débiteur, en sorte qu'à s'en tenir à la rigueur des principes, ce n'est pas un débiteur nouveau. D'un autre côté, l'ancienne créance subsiste contre l'héritier avec toutes ses conséquences. La novation, résultant de l'acceptation que le créancier a faite, n'a d'autre effet que de lui enlever tout droit à la séparation des patrimoines (Cass. 3 fév. 1857, s. 57, 1, 321). Ce n'est donc pas une novation proprement dite.

Mais s'il en est ainsi, rigoureusement parlant, on peut dire, comme nous l'avons déjà fait pour Pothier, qu'il en est autrement et qu'il y a vraiment novation par changement de débiteur, relativement aux principes de la séparation des patrimoines.

« En effet, il s'agit d'un créancier qui peut rester créancier du défunt, de la succession, et qui consent à devenir celui de l'héritier. Puisque pour débiteur il prend l'héritier (qu'il accepte comme propriétaire unique des deux patrimoines confondus en un), tandis qu'il pourrait conserver pour débitrice la succession (avec son patrimoine distinct de celui de cet héritier), il devient donc vrai de dire qu'il y a novation par changement de débiteur » (Marcadé, sur l'art, 878, p. 320, note 1).

Quand y a-t-il novation dans le sens spécial de l'art. 879? Il est manifeste que c'est là une question de fait dont l'appréciation est laissée aux tribunaux. C'est à eux d'examiner les circonstances de chaque affaire, et de décider si elles révèlent clairement la pensée d'accepter l'héritier pour débiteur, sans qu'il soit nécessaire de l'exprimer d'une manière formelle. L'intention de nover ne doit pas d'ailleurs facilement se présumer, puisqu'elle suppose l'abandon d'un droit. Il serait inique et dangereux de décider *a priori* que tout rapport avec l'héritier emportera pour le créancier renonciation tacite au bénéfice de la séparation. En présence de la diversité des cas qui auraient dû être prévus, il était impossible au législateur de donner une formule générale assez exacte et assez précise pour pouvoir servir de règle dans l'application de l'article 879. Les auteurs ont cherché à remédier à ce silence de la loi ; M. Demolombe notamment enseigne un moyen d'éviter toute équivoque : il donne

une règle générale qui aboutit aux deux propositions suivantes :

« 1° Tout acte qui sera fait par les créanciers du « défunt, avec l'héritier ou contre l'héritier, en sa « qualité d'administrateur et de représentant des « biens du défunt, n'aura pas pour résultat de leur « faire perdre le droit de demander la séparation « des patrimoines, car ils ne perdent ce droit, aux « termes de l'art. 879, que lorsqu'ils ont accepté « pour débiteur l'héritier lui-même, personnelle- « ment, *nomen et personam heredis;* or, tout au con- « traire, nous supposons qu'ils n'ont agi, avec lui « ou contre lui, qu'en sa qualité de représentant « des biens du défunt ;

« 2° Au contraire, tout acte qui sera fait par les « créanciers du défunt, avec l'héritier ou contre « l'héritier, en sa qualité même d'héritier, c'est-à- « dire comme maître des biens héréditaires, et « qui n'aurait pas pu être fait avec lui ou contre « lui, en sa simple qualité d'administrateur et de « représentant des biens du défunt, vis-à-vis des « créanciers du défunt, aura pour résultat de faire » perdre à ceux-ci le droit de demander la sépa- « ration des patrimoines » (Demol., n° 158).

Cette théorie est, à notre avis, parfaitement acceptable ; mais elle ne fait disparaître malheureusement que d'une manière très imparfaite les difficultés d'application. Celles-ci subsistent, comme le prouvent les nombreux arrêts rendus en cette matière, et les divergences doctrinales auxquelles elles

donnent lieu. Nous nous bornerons à donner quelques cas d'application qui ne nous paraissent pas de nature à soulever des difficultés : On peut dire qu'il y a novation, par exemple, si le créancier de la succession, en vertu de son titre contre le défunt, fait saisir les biens personnels de l'héritier ; s'il produit à l'ordre ouvert sur ces mêmes biens, quand même il abandonnerait ensuite sa demande en collocation, s'il accepte de l'héritier une caution, un gage, une hypothèque ou bien un tiers délégué par ce dernier pour payer à sa place, peu importe que la délégation soit parfaite ou imparfaite. Mais la novation n'a pas lieu si le créancier se borne à signifier à l'héritier les titres exécutoires contre le défunt (art. 877) ou des actes interruptifs de prescription, à poursuivre contre lui sur les biens héréditaires l'exécution de son titre, à recevoir les intérêts de la créance que lui devait le défunt.

Il est bien entendu que la novation faite par quelques créanciers ne prive pas les autres du droit de réclamer la séparation des patrimoines ; ce bénéfice étant individuel, la déchéance de l'art. 879 doit l'être aussi.

SECTION II — CONFUSION

La confusion dont il est ici question n'est pas la

confusion de Droit, c'est-à-dire celle qui s'opère par la réunion, dans la même personne, de deux qualités incompatibles, mais la confusion de fait, c'est-à-dire le mélange matériel des choses héréditaires avec celles de l'héritier, de telle sorte qu'il soit impossible de les reconnaître. Aussi, cette confusion est moins une déchéance du droit des créanciers séparatistes qu'un obstacle matériel qui vient en paralyser l'exercice. Et bien que le Code n'en parle pas, jamais personne n'a songé à la repousser, car elle résulte de la nature même des choses.

Cette cause de déchéance, pour ainsi dire inapplicable quant aux immeubles et quand aux meubles incorporels qui ne sont pas des titres au porteur, est surtout à craindre pour les meubles corporels. Mais il ne suffit pas que la confusion se soit produite, il faut de plus qu'elle soit absolue et irréprochable. C'est là une question de fait qui dépend de l'appréciation des circonstances. Au reste une confusion partielle ne mettrait point obstacle à la séparation quant aux biens non confondus.

Y a-t-il confusion et déchéance du droit séparatif, dans ce fait que les biens héréditaires et ceux de l'héritier ont été vendus en même temps, pour un seul et même prix? C'est là encore une question de fait. Ainsi les créanciers du défunt ne seraient pas déchus de leur bénéfice, s'il était encore possible de procéder à une ventilation convenable pour fixer la valeur de chacun des patri-

moines et par conséquent la fraction pour laquelle chacun d'eux est entré dans le prix total. Outre la possibilité d'une ventilation, il faudrait que les créanciers de la succession n'eussent pas adhéré à la vente ou que, dans l'hypothèse contraire, ils eussent fait des réserves expresses et ménagé des moyens de procéder à une ventilation, comme une estimation faite lors de la vente des biens et annexée à l'acte qui la constate.

L'une ou l'autre de ces conditions venant à faire défaut, il serait permis de croire qu'en ne prévenant pas la confusion, ils en ont accepté d'avance les effets et qu'ils ont tacitement renoncé à leur bénéfice (sic Aubry et Rau, § 519, note 27 — Demol. n° 190).

SECTION III. — PRESCRIPTION.

L'art. 880 dit : Il se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois ans. — A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier.

Cette distinction entre les meubles et les immeubles quant à la prescription du bénéfice de séparation a été empruntée, comme nous l'avons déjà dit, à la jurisprudence du Châtelet de Paris. Les rédacteurs du Code se sont bornés à apporter une modification au délai.

A. — En ce qui concerne les meubles, la séparation des patrimoines doit être invoquée dans le délai de trois ans, à peine de déchéance. Ce terme, paraît être le résultat d'une idée arrêtée en principe dans l'esprit du législateur pour tous les droits touchant à la propriété mobilière, puisque nous le retrouvons dans l'art. 809 et dans l'art. 2279, al. 2.

D'après les auteurs, c'est sur la présomption d'une confusion de fait entre les meubles de la succession et ceux de l'héritier, qu'est fondée la déchéance prononcée par le premier alinéa de l'art. 880 ; présomption très naturelle, puisque l'héritier se trouve à la fois propriétaire et possesseur. Cette considération a pu influer sur la rédaction de cet article ; mais elle n'est pas, croyons-nous, la seule. Sinon, il semblerait assez logique d'admettre que le point de départ du délai dont il s'agit serait le jour où, en fait, l'héritier s'est mis en possession de l'hérédité et a procédé à un premier acte d'acceptation ; car il est manifeste que la confusion ne peut exister qu'à partir de ce moment. Si donc l'héritier restait dans l'inaction, fut-ce pendant trente ans, la prescription ne courrait pas et le droit de séparation pourrait être encore invoqué. Ce qui serait absurde. Aussi, à notre avis, le législateur, en édictant l'art. 880, a eu surtout en vue la confusion que l'ouverture d'une succession engendre entre les deux patrimoines du défunt et de l'héritier. Cette confusion de droit

plutôt que de fait, établie dès le principe, se consolide et devient définitive par le laps de trois ans. Une nouvelle preuve que le législateur ne s'est pas rattaché seulement à l'idée d'une confusion physique, c'est que l'art. 880, al. 1, s'applique même aux meubles incorporels, c'est-à-dire à ceux pour lesquels il est impossible de concevoir une confusion matérielle (*).

Nous en concluons que le délai de trois ans, au bout duquel le droit séparatif se trouve prescrit, court à partir de l'ouverture de la succession, car c'est dès ce moment que la confusion s'est produite.

Cette prescription, du reste, court contre tous les créanciers, quand même ils prouveraient qu'ils n'ont pas connu le décès assez à temps (Demol., n° 174). De plus, comme en général toutes les courtes prescriptions, elle nous paraît devoir courir contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs (art. 2278). Elle court aussi, sans que l'art. 2257 s'y oppose, contre les créanciers à terme ou sous condition, car ni le terme ni la condition n'empêchent de faire les actes conservatoires, et la séparation est une mesure de ce genre (Demante, op. cit., n° 221 bis 4).

Mais il nous semble difficile d'exiger qu'il y ait eu, dans les trois ans, exercice effectif du droit résultant de la séparation des patrimoines. Il suffit de la réclamer dans ce délai, et le droit des sépa-

* En ce sens, M. Huc, à son cours.

ratistes produira ses effets, même après ce temps, dans l'ordre ouvert sur les biens héréditaires.

B. — Quant aux immeubles, l'action peut être exercée, selon l'art. 880, al. 2, tant qu'ils existent dans la main de l'héritier : aucun délai n'est fixé par le Code. S'ensuit-il que ce droit vis-à-vis des immeubles soit imprescriptible, en ce sens qu'il ne pourrait s'éteindre qu'avec la créance pour sûreté de laquelle il est donné ? Telle est l'opinion de la majorité des auteurs. Mais alors c'est ne tenir aucun compte de la règle générale d'après laquelle toutes les actions, sauf dérogation expresse, sont prescriptibles par trente ans (art. 2262). Or l'art. 880 n'a pas voulu déroger à ce principe, en permettant de réclamer la séparation tant que les immeubles restent dans la main de l'héritier ; il a entendu seulement la soustraire, en matière immobilière, à la déchéance triennale à laquelle elle se trouvait soumise par le premier alinéa du même article, en matière mobilière (Sic Aubry et Rau, § 629, note 28) et lui enlever toute efficacité, si les immeubles sortaient des mains de l'héritier. Mais l'article ne signifie rien de plus. Par conséquent il laisse la séparation des patrimoines à l'égard des immeubles sous l'empire de la règle générale formulée par l'art. 2262 : ce bénéfice ne peut pas durer plus de trente ans à partir de l'ouverture de la succession, quand même après ce laps de temps les immeubles se retrouveraient encore chez l'héritier.

Cette solution est conforme aux principes généraux, car, la prescription étant fondée sur l'abandon présumé du droit prescrit, il est naturel de considérer le créancier de la succession resté pendant trente ans dans l'inaction, comme ayant accepté l'héritier pour débiteur. Vainement nous objecte-t-on que la séparation des patrimoines n'est ni une action réelle ni une action personnelle ; c'est un droit auxiliaire qui, d'après la nature des choses, doit durer aussi longtemps que le droit principal pour la conservation duquel il a été établi. Cette objection va à l'encontre de la théorie du Code civil. « Le cautionnement, le gage, les hypothèques et les priviléges, dit M. Laurens (loc. cit., n° 28), se prescrivent indépendamment de la créance dont ils doivent garantir le payement ; pourquoi en serait-il autrement de la séparation des patrimoines ? »

SECTION IV. — ALIÉNATION.

L'héritier demeure, nonobstant la séparation des patrimoines, propriétaire et administrateur des biens de la succession. En effet ce bénéfice, selon l'art 878, est dirigé contre les créanciers de l'héritier et non pas contre l'héritier lui-même. Il a uniquement pour effet de conserver aux créanciers de la succession le droit de gage que l'art. 2092 leur

conférait sur les biens du défunt de son vivant, et d'écarter de ces biens le concours des créanciers personnels de l'héritier. Mais c'est tout ; il ne détruit pas la saisine et il laisse subsister les droits attachés au titre d'héritier.

Or l'effet le plus important de la saisine est de donner à l'héritier la pleine disposition des objets compris dane l'hérédité. Il s'ensuit que la propriété du patrimoine du défunt, n'en continue pas moins, malgré sa séparation d'avec celui de l'héritier, à reposer pleine et entière sur la tête de ce dernier, qui, en vertu d'une modification apportée au principe de l'unité du patrimoine, est censé posséder deux patrimoines distincts l'un de l'autre (sic Aubry et Rau, § 619, note 59). Il a donc le droit de les aliéner, et les créanciers de la succession sont obligés de subir les aliénations faites sans fraude, comme si elles procédaient du défunt lui-même. Pour qu'il leur fut permis d'inquiéter les tiers-acquéreurs, il faudrait que la séparation des patrimoines fut munie d'un droit de suite ; or, suivant nous, elle en est complètement dépourvue.

Outre les principes de la matière, l'art. 880, al. 2, nous conduit encore à reconnaître à l'héritier la faculté de disposer librement des biens héréditaires, nonobstant leur séparation d'avec les siens propres. Cet article ne signifie pas en effet que, si l'héritier peut aliéner tant que les créanciers du défunt n'ont fait aucune démonstration, il ne le peut plus du jour où cette manifestation a eu lieu,

du jour de la demande en séparation.

Cette conclusion serait tout à fait inexacte, car la signification de l'art. 880, al. 2, est plutôt celle-ci : c'est que la faculté de réclamer la séparation disparaît, quand les immeubles sont sortis de la main de l'héritier. Par l'aliénation les biens échappent à l'action des créanciers, en ce sens au moins qu'ils ne peuvent pas évincer les tiers-acquéreurs. Sans doute l'art. 880, al. 2, n'énonce comme cause de déchéance du droit séparatif que l'aliénation des immeubles ; d'où il semblerait par *a contrario* que l'aliénation des meubles ne serait pas un obstacle à l'exercice de ce bénéfice. Mais cette conséquence serait erronée, car la distinction établie par l'art. 880 entre les meubles et les immeubles ne vise que la prescription du bénéfice de séparation et ne saurait être étendue à l'aliénation. Les meubles étant en général dépourvus du droit de suite (art. 2119, 2279), on comprend que le législateur ne se soit occupé que des immeubles.

Toutefois, malgré l'aliénation, la séparation des patrimoines pourrait être encore invoquée, si par une action en nullité ou en rescision, les créanciers pouvaient demander son annulation et faire rentrer l'objet aliéné entre les mains de l'héritier. Par exemple, s'il est prouvé que la vente consentie par l'héritier a été faite en fraude des droits des créanciers du défunt, ceux-ci pourront exercer l'action Paulienne (art. 1167 — Voy. cep. Ducaur-

roy, comm. du C. civil, t. 2, n° 770, relativ. aux aliénations mobilières C. pr., Demol., n° 179).

Il y a un cas dans lequel la loi restreint le pouvoir de disposition de l'héritier ; aux termes de l'art. 2111, al. 2, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur les biens du défunt par l'héritier avant l'expiration du délai de six mois accordé aux créanciers de la succession pour s'inscrire. Blondeau (p. 450, texte, notes 1 et 2) en a conclu que l'héritier serait incapable d'aliéner les immeubles héréditaires dans les six mois du décès, à l'encontre des créanciers de la succession inscrits dans ce délai. Cette opinion a été consacrée législativement par la loi hypothécaire belge du 16 déc. 1851, art. 39, et par le nouveau Code civil italien, art. 2062. Mais l'opinion de Blondeau est inacceptable au point de vue de notre loi actuelle. L'héritier est propriétaire, puisqu'il continue, malgré la séparation, à rester saisi, il peut donc faire tous les actes qui ne lui sont pas défendus : tel est le principe auquel la loi pose une exception, et nous ne pouvons l'étendre en dehors de ses termes, puisqu'elle constitue une restriction au droit de propriété de l'héritier. Sans doute, il est des cas où la prohibition d'hypothéquer peut entraîner, à plus forte raison, celle d'aliéner; mais c'est qu'alors l'extension de cette prohibition est fondée sur l'esprit même de la loi. Or, il en est autrement dans la matière qui nous occupe. Le but que s'est proposé le législateur en

édictant l'art. 2111, al. 2, n'est pas de mettre les créanciers de la succession à l'abri de toute sorte de lésions qui peuvent les affecter, mais uniquement de leur garantir la préférence sur le prix des immeubles héréditaires contre les hypothèques qui auraient pu y être établies dans les six mois de l'ouverture de la succession. « Or, comme ce droit de préférence ne peut, en lui-même, recevoir aucune atteinte par l'aliénation des immeubles sur lesquels il porte, on ne saurait, sans se mettre en opposition avec l'esprit de la loi, étendre aux aliénations des immeubles héréditaires une disposition qui ne concerne que les constitutions d'hypothèques sur ces immeubles » (Aubry et Rau, § 619, note 57).

Des considérations qui précèdent, il résulte aussi que la prohibition d'hypothéquer n'est pas absolue, mais seulement relative. L'hypothèque est donc valablement consentie par l'héritier, soit à l'un de ses créanciers personnels, soit même à l'un des créanciers de la succession, si les personnes au profit desquelles la séparation des patrimoines existe sont satisfaites. Elle est valable, même par rapport aux créanciers du défunt et aux légataires, lorsque ces derniers n'ont pas régulièrement conservé leur droit de préférence en s'inscrivant dans les six mois de l'ouverture de la succession.

Que faut-il décider par rapport aux actes de disposition de l'héritier portant sur des droits d'une

nature autre que la propriété elle-même ? L'héritier peut-il, par exemple, grever valablement les immeubles héréditaires de servitudes réelles ou personnelles, ou bien les créanciers de la succession n'ont-ils qu'à invoquer leur bénéfice pour faire tomber ces droits ? Suivant M. Demolombe (n° 194), les créanciers de la succession inscrits dans les six mois pourraient contester l'existence de ces sortes de droits, concédés par l'héritier avant leur inscription. Il faudrait assimiler aux créanciers hypothécaires de l'héritier tous les tiers qui obtiendraient de l'héritier un droit réel sur les immeubles et appliquer en conséquence aux uns et aux autres la distinction de temps qui résulte de l'art. 2111. Nous repoussons formellement cette assimilation, qui nous paraît exagérer les effets attachés à la séparation des patrimoines et dénaturer le but tout spécial en vue duquel elle a été admise. Aux termes des art. 878 et 2111, la séparation n'est dirigée que contre les créanciers de l'héritier, afin de les empêcher d'exercer leurs droits sur les biens héréditaires avant que les créanciers de la succession aient été payés. Or, quoiqu'en dise M. Demolombe, les cessionnaires de droits partiels de propriété ne peuvent être compris sous cette dénomination générale de créanciers, puisqu'ils ont acquis un *jus in re* et non pas un *jus ad rem*. D'ailleurs, si l'aliénation totale est permise, pourquoi défendrait-on l'aliénation partielle ? Si l'héritier a capacité pour aliéner, com-

ment ne pourrait-il pas grever valablement les immeubles héréditaires de servitudes personnelles ou réelles? Il serait contraire à la théorie de la loi d'étendre à la constitution de servitude la disposition finale de l'art. 2111, qui ne fait allusion qu'au droit de préférence accordé aux créanciers de la succession sur les biens héréditaires, à l'encontre des créanciers de l'héritier, et qui n'accorde d'effet rétroactif qu'à ce point de vue. Vainement M. Demolombe fait-il remarquer que les tiers dont il s'agit ici n'étant pas des acquéreurs et n'ayant pas acquis la propriété, les immeubles grevés de leurs droits existent encore dans les mains de l'héritier, et qu'aux termes du second alinéa de l'art. 880, la séparation peut en être demandée. Cette conclusion est inexacte, car s'il résulte de là que les créanciers sont fondés à réclamer cette mesure relativement aux immeubles sur lesquels l'héritier a concédé des servitudes, il ne s'ensuit pas du tout qu'ils puissent exercer ce droit au détriment de tiers contre lesquels l'art 878 leur refuse toute action. D'ailleurs le droit de préférence pourra s'exercer sur le prix encore dû des concessions, comme il porterait sur le prix de la vente des immeubles eux-mêmes.

Si l'héritier, au lieu d'aliéner, s'est contenté de donner un meuble en gage, nous estimons, malgré les doutes qu'on a élevés à cet égard, que cet acte sera opposable aux créanciers de la succession. En effet le gagiste peut, comme l'acheteur

de bonne foi, invoquer la maxime en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279). Aucune exception n'est apportée nulle part à ce principe en faveur des séparatistes. Les principes de notre droit en matière de gage conduisent aussi à cette solution, car le gagiste peut retenir la possession de l'objet engagé, jusqu'à ce qu'il ait été complètement désintéressé (art. 2082, al. 1.) Rien ne saurait prévaloir contre ce droit. De ce que l'aliénation soustrait à l'action des créanciers les immeubles aliénés, il ne faut pas conclure que les créanciers perdent également leur droit de préférence sur le prix. Ce prix, tant qu'il est dû, constitue une valeur héréditaire dont ils peuvent réclamer la séparation à leur profit. Doivent-ils le faire dans le délai de trois ans? L'affirmative, comme on l'a soutenue, pourrait s'induire de la nature du prix qui est chose mobilière (art. 880, al. 1). Mais cette solution serait inexacte. Si le droit des séparatistes est reporté de l'immeuble aliéné sur le prix dû par l'acquéreur, c'est par une suite de la fiction qui a pour effet de subroger ce prix à l'immeuble. Dès lors il nous semble logique d'appliquer vis-à-vis du prix la même prescription que vis-à-vis de l'immeuble, c'est-à-dire la prescription de trente ans dont le point de départ se placerait au jour de l'aliénation.

En terminant ce chapitre, nous devons rechercher si l'art. 6, al. 1 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription n'a pas modifié la disposition de

l'art. 2111 relative au délai dans lequel l'inscription peut être prise. En d'autres termes la transcription de l'acte d'aliénation consentie par l'héritier dans les six mois de l'ouverture de la succession a-t-elle pour effet de priver les créanciers du défunt du droit de s'inscrire sur l'immeuble aliéné et de conserver ainsi leur droit de préférence sur le prix ? Nous avons déjà indiqué cette question ; le moment est venu de la discuter. Elle se rattache d'ailleurs intimement à la question de savoir quelle est la nature de la séparation des patrimoines et comme celle-ci, elle offre beaucoup de dissidence. Ceux qui voient dans la séparation des patrimoines un privilége, décident logiquement que depuis la loi du 23 mars 1855, l'inscription à fin de séparation ne peut plus être prise après la transcription, au moins contre le tiers-acquéreur, à l'effet d'engendrer contre lui le droit de suite (Demolombe, n° 202).

Nous ne saurions, nous qui admettons que la séparation des patrimoines n'est pas un privilége, adopter cette doctrine. Pour nous, la séparation des patrimoines peut être inscrite après l'aliénation de l'immeuble héréditaire, c'est-à-dire après la transcription de l'acte qui la constate. L'art. 6 de la loi de 1855 est sans application à la matière qui nous occupe et doit rester sans influence sur une situation qu'il n'a pas prévue. Déjà suivant bon nombre d'auteurs, il en était de même sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure ; l'inscription pouvait être requise après la quinzaine

de la transcription de l'acte translatif de propriété. Nous déciderons de même sous l'empire de la loi actuelle.

Vainement nous objecterait-on qu'il suffit que la séparation des patrimoines soit qualifiée de privilége par l'art. 2111, pour qu'elle tombe sous le coup de l'art. 6. D'abord il faudrait prouver que la séparation est un privilége proprement dit, puis établir que les rédacteurs de la loi l'ont établi ainsi et ont voulu la faire rentrer dans les expressions générales de l'article. Or le contraire apparaît de tous points. Lors de la discussion de la loi, un député, M. Duclos (séance du 13 janv. 1855, V. Troplong, transc., app. p. LX), proposa de conférer aux créanciers de la succession, pour l'exercice de leur droit, un délai semblable à celui qui avait été concédé au vendeur et au copartageant.

Un silence complet fut gardé sur cette demande, nulle part il ne fut fait mention de la séparation des patrimoines. N'est-ce pas là une preuve irrécusable qu'aux yeux des rédacteurs de la loi ce bénéfice restait en dehors de l'article 6 et par conséquent il n'y avait pas lieu de s'en occuper d'une manière spéciale. « Cette réserve, dit fort bien M. Verdier (de la transc., t. 2, n° 502), ne saurait s'interpréter dans le sens du principe posé par l'art. 6, puisque ce principe n'atteint que les véritables priviléges, ceux sur lesquels le doute ne saurait exister, car encore une fois on ne saurait admettre qu'on ait ainsi voulu trancher par l'abstention

une des questions les plus connues et les plus graves qui se soient discutées sous l'empire du Code civil. » L'art. 2111 ne saurait être invoqué contre cette doctrine, car en ne parlant que des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, il indique bien que l'inscription n'a d'effet que contre ces créanciers, et non contre les tiers-acquéreurs.

Et puisque la séparation ne regarde que les rapports des créanciers entre eux, elle doit échapper à l'influence des événements qui, dans l'intérêt des tiers-acquéreurs, arrêtent le cours des inscriptions. Cette solution est au surplus aussi équitable que juridique ; admettre le contraire, ce serait rendre très souvent illusoire la protection de la loi, à raison de l'extrême précipitation avec laquelle l'héritier insolvable, par conséquent intéressé à réaliser les valeurs de la succession, pourrait vendre les immeubles héréditaires, et les acquéreurs transcrire leurs contrats d'acquisition. Ce serait aussi contrarier l'esprit dans lequel l'art. 2111 a été conçu.

Si le législateur a accordé six mois au créancier ou au légataire pour prendre l'inscription qui doit rendre sa créance publique, c'est parce qu'il a compris qu'il ne pouvait, sans compromettre des droits infiniment respectables, exiger des créanciers de la succession qu'ils se montrent, à peine de déchéance, à l'instant même où leur droit prend naissance. Ne fallait-il pas au moins leur laisser

le temps d'apprendre le décès de leur débiteur et de connaître ou de trouver leur titre ? Un délai leur était donc nécessaire. Dès lors est-il possible que ce délai, introduit dans leur intérêt et pour la conservation de leur droit, se trouve brusquement interrompu, abrégé par la transcription de l'acte d'aliénation ? Cela est décisif. (sic Pont, priv. et hyp., n° 314 — Aubry et Rau, § 619, p. 486 et note 47).

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

SECTION I. — *Effets de la séparation des patrimoines vis-à-vis de l'héritier ou des héritiers.*

L'art. 878 dit que la séparation des patrimoines est demandée contre les créanciers de l'héritier. La loi indique par là que la séparation est une affaire qui se passe uniquement entre les créanciers, et qui reste étrangère à l'héritier lui-même. Celui-ci conserve sa qualité d'héritier pur et simple ; comme tel, il a des droits et des obligations, (art.

724), auxquels la séparation ne porte aucune atteinte. Relativement à ses droits, l'héritier a l'administration et la libre disposition des biens laissés par le défunt, avant comme après la séparation. Les créanciers héréditaires et les légataires sont obligés en principe de subir les aliénations qu'il consent, car pour nous leur droit est dépourvu de tout droit de suite.

Une seule restriction est apportée à ses pouvoirs, au point de vue des hypothèques qui pourraient s'établir de son chef sur les immeubles héréditaires pendant le délai légal. Quant à ses obligations, l'obligation personnelle qu'il a contractée en acceptant la succession purement et simplement continue de subsister, il est et il reste héritier absolu, tenu d'acquitter *ultra vires* toutes les dettes, soit celles qui lui étaient déjà personnelles, soit celles de la succession qui lui sont devenues personnelles aussi.

Il en est incontestablement ainsi, lorsque l'héritier du défunt est unique. Mais dans le cas contraire, la séparation des patrimoines produirait, suivant plusieurs auteurs, un effet singulier contre les héritiers. Elle aurait pour effet d'empêcher la division des dettes entre eux vis-à-vis des créanciers de la succession qui auraient obtenu la séparation des patrimoines ; ceux-ci pourraient se faire payer sur les biens échus à chacun des héritiers, non-seulement jusqu'à concurrence de la part contributoire de chacun de ces derniers dans les dettes

héréditaires, mais même indistinctement pour le total de leurs créances. En d'autres termes le droit de préférence que la séparation confère aux créanciers et légataires serait indivisible.

Ce système que nous avions déjà mentionné incidemment en recherchant la nature légale de la séparation des patrimoines a soulevé et soulève encore une vive controverse dans la doctrine. Mais en jurisprudence il est pour ainsi dire abandonné, depuis un arrêt de la cour de cassation, du 9 juin 1857 (S. 57. 1, 465), aux termes duquel l'action résultant de la séparation des patrimoines se divise entre les héritiers comme la dette elle-même en proportion de leur part héréditaire, de telle sorte que chacun d'eux n'étant tenu, sur les biens par lui recueillis, que de sa part contributive dans les dettes, ne peut être poursuivi par des créanciers séparatistes que dans cette mesure et non pour la totalité de leurs créances.

Ce dernier système nous paraît seul admissible. On fait valoir en faveur de l'opinion contraire les arguments suivants ; mais ces arguments n'ont aucune espèce de fondement, ainsi qu'on va le voir :

1° Les articles 2111 et 2113 ont transformé le bénéfice de séparation en un véritable privilége ou en une hypothèque, suivant les cas. Or trois effets principaux caractérisent le privilége comme l'hypothèque, le droit de préférence, le droit de suite et l'indivisibilité. Donc les créanciers de la succession peuvent poursuivre pour le tout chaque

héritier détenteur d'une portion quelconque des immeubles héréditaires. Décider le contraire, rejeter l'indivisibilité après avoir admis le droit de suite, ce serait se mettre en contradiction avec soi-même. Pour nous, qui ne voyons dans la séparation des patrimoines qu'un simple bénéfice, cet argument est une pure affirmation. Le nœud de la difficulté est toujours dans le sens équivoque que présente l'expression privilége employée par l'art. 2111, pour désigner l'avantage que la séparation des patrimoines procure aux créanciers du défunt ; il est dans l'interprétation à donner à ce mot. Mais, lors même qu'il serait exact, on ne pourrait pas en conclure que chaque héritier doit être tenu *in solidum* sur les biens par lui recueillis. Aussi parmi les auteurs qui considèrent la séparation comme un véritable privilége, il en est néanmoins, comme M. Demolombe, qui admettent la division des dettes du défunt entre ses héritiers.

C'est qu'en effet le droit qui résulte de la séparation est un droit accessoire ; donc, il ne peut pas naître avec plus d'étendue que la créance pour la sûreté et la conservation de laquelle il a été établi. Or, pour combien chacun des héritiers est-il tenu des dettes héréditaires envers chacun des créanciers du *de cujus*? Pour sa part et portion virile, répond l'article 873, c'est-à-dire pour sa part héréditaire, pour la part dont il est tenu comme représentant le débiteur défunt, ajoute l'art. 1220. Les cohéritiers n'ont jamais été débiteurs d'autre

chose ; la dette, par le seul fait du décès du *de cujus*, est née divisée sur leur tête jusqu'à concurrence de ce *quantùm*, et la créance du créancier de la succession vis-à-vis de chaque héritier n'a jamais dépassé cette quotité. D'où la conséquence que le droit qui la garantit ne saurait avoir plus d'étendue.

2° Le bénéfice de séparation a un effet rétroactif au jour du décès du débiteur. Donc, il est impossible de trouver un seul instant de raison pendant lequel la division des dettes entre les cohéritiers ait eu lieu. — Mais cet argument tombe devant cette simple réflexion : que la division des dettes remonte pareillement au jour même de la mort du débiteur. Au reste, à le supposer admissible, il n'aurait quelque valeur que si les créanciers du défunt s'étaient inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession, car, passé ce délai, leur droit n'a plus d'effet qu'à sa date. Or, dans ce dernier cas, la division des dettes serait certainement antérieure au bénéfice de séparation et ne permettrait d'agir contre chaque héritier que jusqu'à concurrence de la part dont il est personnellement tenu.

3° Les créanciers avaient sur les biens du défunt, de son vivant, un droit de gage qui, de sa nature, était indivisible comme le patrimoine auquel il s'appliquait. Or, la séparation des patrimoines, en faisant revivre ce droit, empêche, soit la division des dettes héréditaires entre les cohéritiers, soit, au moins, la division du gage qui doit en assurer

le paiement. — Nous répondrons, avec MM. Aubry et Rau (§ 619, note 68) que le droit de gage, établi par les articles 2091 et 2092, bien qu'indivisible, ne constitue pas cependant un droit réel et par conséquent ne donne lieu à aucune action réelle. Conséquence de la règle : Qui s'oblige, oblige le sien, ce droit de gage, qui n'affecte le patrimoine que par l'intermédiaire de la personne, ne peut être exercé qu'au moyen de l'action personnelle et dans les limites de cette action. Or, les actions personnelles qui pouvaient être intentées contre le défunt se divisent de plein droit entre ses héritiers ; chacun d'eux n'est donc obligé envers chaque créancier et ne peut être actionné par lui, sur les biens tombés dans son lot, que jusqu'à concurrence de sa part contributoire dans les dettes.

4° Les partisans de l'indivisibilité insistent et disent que la séparation des patrimoines modifie complètement ces principes. En effet la division des dettes en autant de portions qu'il y a d'héritiers repose sur la transmission héréditaire ; en conséquence ce principe doit être appliqué, quand les créanciers acceptent cette transmission. Mais, il est impossible de l'opposer contre un droit qui a précisément sa base dans la négation de cette transmission. Car la séparation des patrimoines repose sur la fiction que la succession n'appartient pas aux héritiers, et que ce ne sont pas eux qui sont débiteurs (Demante, t. 3, n° 222 bis II) — Cette argumentation serait fondée, s'il était vrai que les

créanciers du défunt, en demandant la séparation repoussent la transmission héréditaire. Or la négative est certaine, puisque ces mêmes créanciers, dans les cas où les biens du défunt n'auraient pas suffi pour les désintéresser intégralement, peuvent se retourner contre l'héritier. Et si sous ce rapport sa condition n'est nullement améliorée, elle ne doit pas être non plus aggravée. Si d'un côté la séparation ne dispense pas les héritiers du paiement des dettes *ultra vires*, d'un autre côté elle ne les y assujettit pas pour une part plus forte que leur portion héréditaire. Admettre le contraire, ce serait supposer que ce bénéfice est destiné à produire ses effets contre les héritiers eux-mêmes, tandis que les art.. 878 et 2111 prouvent que c'est seulement contre leurs créanciers qu'il est dirigé. Son but unique est de préserver les créanciers de la succession du concours des créanciers personnels des héritiers, et non pas d'aggraver la position des héritiers eux-mêmes ; ce qui arriverait infailliblement, si on rendait la créance indivisible.

5° Si les créanciers de la succession, au lieu du gage tacite que leur concèdent les art. 2092 et 2093, avaient sur les biens de leurs débiteurs un gage spécial, qu'arriverait-il? C'est que, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier, ce gage serait indivisible (art. 2083) et affecterait au paiement de la dette entière et de chacune des fractions de la dette chaque objet en totalité et chacune des fractions des objets

engagés. Ces principes certains pour le gage spécial, ne faut-il pas les appliquer par analogie au gage général accordé par les art. 2092 et 2093 ? — Non, répondrons-nous, car il existe une trop grande différence entre le droit de gage imparfait dont il est question dans ces articles et le droit de gage spécial prévu par l'art. 2083. Ce dernier donne au créancier le droit de rétention, le débiteur ne peut rentrer en possession du gage qu'à la condition de payer intégralement la dette en capital et en accessoires. Or le gage conféré par les art. 2092 et 2093 à tous les créanciers sur les biens de leur débiteur n'offre rien de semblable. Tout argument d'analogie doit donc être écarté.

6° On ne peut pas supposer que, lorsqu'aux termes de l'art. 1017 les héritiers sont tenus d'acquitter un legs hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles héréditaires dont ils sont détenteurs, il n'en soit pas de même à l'égard des créanciers de la succession que l'art. 2111 met sur la même ligne. Non seulement il n'existe aucune raison de différence, mais même ceux-ci devraient être traités plus favorablement, puisqu'ils demandent ce qui leur est dû et que les légataires ne peuvent invoquer qu'un acte de libéralité fait en leur faveur. Nous répondons que, si d'après l'art. 1017 les héritiers débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeu-

bles dont ils se trouvent détenteurs, il ne faut pas en conclure que le créancier de la succession doive avoir contre eux le même droit que le légataire. En effet de ce qu'une exception a été introduite en faveur de l'un, ce n'est pas une raison pour en faire une règle générale en l'appliquant à l'autre. Les différences qui existent entre l'hypothèque concédée aux légataires et la séparation accordée aux créanciers sont trop grandes, pour que les dispositions de l'art 1017 soient applicables à ces derniers. D'ailleurs l'exception faite en faveur des légataires a tout au moins son explication : la loi a dû veiller elle-même pour le légataire qui, souvent, ne connaît pas l'acte de libéralité dont il est l'objet, et qui si on ne lui avait pas conféré une hypothèque telle qu'elle existe d'après l'art 1017, aurait pu ne se trouver dans beaucoup de cas investi par le testateur que d'un droit complètement illusoire. Quant au créancier du défunt, il n'y a pas de raison pour lui subvenir ; rien ne l'empêchait de mettre son droit à l'abri de toute atteinte par les sûretés qu'il pouvait stipuler de son débiteur, hors de là il doit être considéré, partout et toujours, comme simple chirographaire.

La thèse de l'indivisibilité ne peut donc invoquer en sa faveur aucun argument juridique. Elle est contraire à tous les précédents historiques ; en Droit romain pas plus que dans l'ancienne jurisprudence, comme nous avons déjà essayé de le prouver, on ne reconnut à la séparation l'effet d'em-

pêcher la division des dettes entre les cohéritiers proportionnellement à leur part dans la succession. Sous l'empire de la loi actuelle les art. 873 et 1220 posent cette division de la manière la plus large et comme la règle générale. Elle reçoit exception en matière de dettes hypothécaires (art. 873), de legs (art. 1017) et d'obligations indivisibles (art. 1221). Nulle part le législateur ne comprend la séparation des patrimoines parmi les exceptions qu'il énonce ; on doit logiquement en conclure qu'elle ne porte aucune atteinte à la division des dettes, car il ne peut y avoir d'exceptions à ce principe fondamental que celles qui sont expressément établies par la loi. Les art. 878 et 2111 concourent à la démonstration de la même vérité, en indiquant dans les termes les plus clairs que dirigée exclusivement contre les créanciers des héritiers, la séparation n'apporte et ne peut apporter aucune modification dans les rapports des héritiers avec les créanciers de la succession, c'est-à-dire qu'elle a pour but, non pas de contraindre les héritiers à payer, au-delà de leur part héréditaire et sauf recours, les créanciers du défunt avec les biens successoraux, mais simplement d'empêcher que les créanciers des héritiers ne se fassent payer avec ces biens à leur détriment. La doctrine contraire renverse tous les principes du Code sur la saisine des héritiers ; et comme rien ne nous prouve que la séparation modifie les effets de cette saisine, et dispense par là les héritiers du

paiement des dettes héréditaires *ultra vires*, par une juste réciprocité, cette séparation ne doit pas non plus aggraver leur condition. Enfin elle entraîne après elle des conséquences regrettables, puisqu'elle ne tend à rien moins qu'à établir une sorte de solidarité entre les cohéritiers et à engendrer entre eux une foule d'actions récursoires. Ce qui contrarierait l'esprit dans lequel ont été conçues les dispositions des art. 873 et 1220.

Nous devons pourtant reconnaître que le principe de la division des dettes offre des dangers sérieux et réels, et qu'il aboutit parfois à des résultats regrettables pour les créanciers. Ils apparaissent surtout, lorsqu'un héritier insolvable qui a reçu en avancement d'hoirie, une valeur équivalente ou presque équivalente au montant de sa part héréditaire, effectue le rapport en moins prenant, par suite duquel tout l'actif héréditaire est dévolu à l'un des héritiers, qui cependant ne sera tenu envers les créanciers que d'une portion du passif. Ils se produisent encore, lorsqu'un immeuble, qu'ils avaient le droit de saisir en totalité, se trouve dévolu à l'un des héritiers qui ne peut être actionné que pour partie, tandis que les autres héritiers n'ont que des valeurs mobilières, qu'il est facile de soustraire à l'action des créanciers (Duc., C. du C. civil, sur l'art. 878, p. 535 et 536).

Mais à chaque mal son remède. Le bénéfice de séparation a été introduit dans le but unique de remédier aux conséquences souvent désastreuses

de la confusion des patrimoines, et non pas pour réparer les inconvénients produits par la division des dettes et le partage des biens héréditaires. Ces inconvénients trouvent d'ailleurs leur palliatif dans les garanties accordées par la loi aux créanciers au chapitre du partage. L'art. 882 permet aux créanciers d'un copartageant, qui craignent que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, de s'opposer à ce qu'il y soit procéde hors de leur présence, et même de l'écarter, si, malgré cette opposition, il a été consommé en leur absence. Les créanciers du défunt peuvent encore, si leur droit est exigible, saisir avant partage tous les biens de la succession, en dirigeant leurs poursuites contre tous les héritiers (Domat, lois civ., liv. 1, des succ., t. 1, sect. IX, n° 12 — Pothier, des oblig. n° 309 — Aubry et Rau, § 619, p. 502).

Spécialement, pour le cas du rapport en moins prenant, ces créanciers sont, en leur qualité de créanciers de la succession, fondés à s'opposer aux prélèvements que les cohéritiers, ayant droit ou rapport, n'xercent qu'en qualité de créanciers de leur cohéritier, et cela en demandant, avant tout partage, la séparation des patrimoines contre ces derniers (art. 878). — Demante, Cours, t. 3, n° 210 bis III — Demol., n° 215).

Mais, après les prélèvements opérés et le partage consommé sans opposition, les créanciers de la succession ne peuvent plus poursuivre chacun des héritiers, sur les biens par lui recueillis, que

jusqu'à concurrence de sa part contributive dans les dettes héréditaires. Ils n'ont alors d'autre ressource, pour éviter la perte d'une partie de leurs créances à laquelle les expose l'insolvabilité du cohéritier soumis au rapport en moins prenant, que de faire révoquer son acceptation, en établissant qu'elle a été le fruit de la collusion avec ses cohéritiers ; et nous pensons qu'en pareil cas la fraude pourrait être facilement admise en fait (Aubry et Rau, § 619, note 69).

SECTION II

Effets de la séparation des patrimoines à l'égard des créanciers de la succession, et dans leurs rapports respectifs.

La séparation des patrimoines est sans influence dans les rapports respectifs des créanciers héréditaires, soit entre eux, soit avec les légataires. C'est ce qui résulte de l'objet même de ce bénéfice. La séparation des patrimoines en effet a été organisée dans le but unique d'investir les créanciers de la succession du droit d'écarter, quant aux biens héréditaires, le concours des créanciers personnels de l'héritier. Dès lors elle n'a et elle ne peut avoir entre eux aucune raison d'être. Si

nous consultons les textes, nous les trouvons conçus en ce sens. C'est contre les créanciers de l'héritier seulement, que l'art. 878 permet de diriger la demande en séparation. L'art. 2111, en disant, « les créanciers et les légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conservent à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilége, etc., » montre bien que cette action est complètement étrangère aux rapports des créanciers de la succession entre eux, elle n'y apporte aucune modification et n'établit aucune préférence de l'un sur l'autre. Le droit commun continue de les régir ; chacun d'eux conserve la condition qu'il aurait eue en l'absence de la séparation.

Tel est le principe. Il s'ensuit que dans la distribution du prix provenant de la vente des biens héréditaires, il faudra appliquer la règle posée par l'art. 2093 et colloquer au premier rang les créanciers privilégiés d'après la qualité plus ou moins favorable de leurs créanciers ; puis les créanciers hypothécaires, chacun d'après la date de son inscription (art. 2134); puis les créanciers chirographaires au marc le franc, et enfin au dernier rang les légataires par application de la règle : *nemo liberalis, nisi liberatus.*

Aucune difficulté sérieuse ne s'élève, tant qu'il s'agit de la séparation mobilière, car le droit de préférence qui y est attaché n'exige pour son efficacité aucune formalité particulière à remplir. Tous

les créanciers séparatistes seront payés sur le prix en provenant, comme ils l'auraient été du vivant du *de cujus*.

Mais il en est autrement, lorsqu'on envisage la même règle au point de vue des immeubles pour lesquels la conservation du droit de préférence est soumise à l'accomplissement de la formalité de l'inscription. On peut prévoir deux hypothèses :

1° Inscription a été prise par tous les créanciers de la succession dans les six mois de son ouverture. Ce cas ne peut donner lieu à aucune difficulté : les droits des créanciers séparatistes, remontant tous à la même date, c'est-à-dire au jour du décès, ne subissent aucune modification. Tout se passera comme si leur débiteur vivait encore. Par conséquent, lorsque les immeubles seront vendus, le prix en sera distribué, d'abord aux créanciers privilégiés, puis aux créanciers hypothécaires dans l'ordre de leurs inscriptions ; les créanciers chirographaires viendront ensuite, au marc le franc, et après eux les légataires.

2° Parmi les créanciers de la succession, les uns ont pris inscription dans les six mois, les autres ne l'ont fait que postérieurement à l'expiration de ce délai ou ont négligé de le faire. Les créanciers diligents seront-ils payés de préférence aux créanciers négligents, ou bien même dans ce cas devront-ils se contenter du dividende auquel

ils auraient eu droit si tous les créanciers de la succession s'étaient inscrits en temps utile ? Il est aujourd'hui admis par la doctrine et la jurisprudence que la séparation ne crée aucun droit de préférence en faveur des créanciers inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession. Tous les créanciers indistinctement doivent venir, proportionnellement à leurs créances, sur les biens de l'hérédité (sic Aubry et Rau, § 619, texte et note 53 — Laurens, n° 57 — Demolombe, n° 222 — Grenoble 21 juin 1842, S. 42. 2. 355 — Req. rej. 4 déc. 1871, S. 71. 1. 238, et les conclusions de M. l'avocat général Reverchon).

Cette solution est conforme, non-seulement au texte des art. 878 et 2111, mais encore au but spécial et purement relatif en vue duquel la séparation des patrimoines a été admise. Ce bénéfice n'a été imaginé que pour conserver aux créanciers du défunt la portion qu'ils avaient avant la mort de leur débiteur. Or, en nous transportant à cette époque et en les supposant tous chirographaires, existait-il alors un seul privilége, une seule cause de préférence entre eux? Comment serait-il possible que la séparation, qui n'est pas autre chose qu'un simple retour vers le passé, pût à elle seule produire cet effet ?

Cependant Blondeau (op. cit., p. 481 à 500) a soutenu que le créancier diligent devait passer avant le créancier négligent. A l'appui de son opinion, cet auteur fait remarquer que la sépa-

ration des patrimoines n'est pas collective, mais purement individuelle ; elle ne peut dès lors profiter qu'à ceux qui l'ont démandée. Il ajoute que l'art 2146, al. 2, en déclarant sans effet toutes inscriptions prises par les créanciers d'un défunt dont la succession a été acceptée bénéficiairement, les déclare par *a contrario* valables, dans le cas d'acceptation pure et simple et permet ainsi à chaque créancier héréditaire d'améliorer sa condition au détriment des autres. Enfin il applique à la question qui nous occupe la maxime : *si vinco vincentem te, a fortiori te vincam*, dont voici le sens : si le créancier de la succession qui a usé de la séparation a un avantage sur le créancier de l'héritier lequel l'emporte lui-même, par suite d'une cause de préférence quelconque, sur le créancier de la succession négligent ou qui s'est entièrement abstenu de la séparation, à plus forte raison le premier doit-il l'emporter sur celui-ci. D'où il suit que le créancier diligent primera son cocréancier qui n'a opposé la séparation que tardivement ou point du tout.

Ces raisons ne nous semblent pas suffisantes pour justifier cette solution. Le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines est, à la vérité, individuel, mais uniquement en ce sens que ceux-là seuls qui l'ont régulièrement conservé, sont admis à l'invoquer et non pas en ce sens qu'il puisse produire des causes de préférence entre les créanciers de la succession. Déci-

der le contraire, c'est ne tenir aucun compte des art. 878 et 2111. Sans doute, lorsqu'une succession a été acceptée purement et simplement, ses créanciers peuvent, en inscrivant après le décès de leur débiteur les priviléges et hypothèques que celui-ci leur avait consentis, améliorer leur position au détriment les uns des autres. Mais le peuvent-ils en recourant à la séparation des patrimoines et au droit qui en découle? Telle est la question. Or rien dans l'art. 2146 ne se réfère au bénéfice de séparation. C'est seulement en stipulant de l'héritier une hypothèque conventionnelle ou en obtenant contre lui une hypothèque judiciaire qu'ils peuvent atteindre ce but. L'argument tiré du vieux brocard : *si vinco vincentem te, a fortiori te vincam*, n'est pas plus concluant que les précédents. Ce brocard cesse en effet d'être applicable lorsque les créances que l'on compare ont des causes de préférence complètement différentes. Or c'est le cas dans l'espèce. La cause de préférence entre le créancier du défunt vigilant et celui qui ne l'a pas été n'est pas de la même nature qu'entre le créancier de l'héritier et le créancier du défunt négligent ; car dans les relations entre ces deux derniers, le créancier de l'héritier tire son droit de priorité, soit de la nature de sa créance, soit de l'existence d'une inscription hypothécaire, prise par lui, le tout selon les circonstances, tandis que la cause de préférence qui existerait, d'après l'opinion que nous combattons,

entre les créanciers héréditaires, ne dériverait que du bénéfice spécial de la séparation des patrimoines, c'est-à-dire d'un droit *sui generis*.

Nous conclurons en posant le principe suivant : « La condition respective des créanciers chirographaires ou privilégiés du défunt doit demeurer la même, nonobstant toutes diligences qu'aurait faites l'un ou l'autre d'entre eux, dans la poursuite de ses droits, au moyen de la séparation. » (Dollinger, Rev. crit., t. XXV, n° 131 — sic art. 2063, C. c. Italien).

En voici les applications :

A. — Tous les créanciers du défunt sont chirographaires, inscrits, les uns dans les six mois, les autres après ce délai. Le concours s'établit entre eux au marc le franc.

Supposons privilégié ou hypothécaire celui qui ne s'est inscrit que postérieurement à l'expiration du délai de six mois, et chirographaire celui qui s'est mis en règle dans le délai utile. Le créancier privilégié ou hypothécaire sera, malgré la tardiveté de son inscription, préféré au créancier chirographaire, et cela sans distinguer si son privilége ou son hypothèque ont été inscrits avant ou après la mort du *de cujus*.

Les mêmes règles sont applicables au créancier du défunt qui néglige de s'inscrire. Mais alors de deux choses l'une : ou bien ce créancier a conservé le droit de demander la séparation des patrimoines et s'il l'invoque lorsque le moment de la dis-

tribution des deniers sera venu, il gardera pour lui seul la somme retranchée des collocations de ses cocréanciers, ou bien il a perdu définitivement le droit de s'en prévaloir, en acceptant, par exemple, l'héritier pour débiteur.

Et dans ce cas surgit, en matière mobilière comme en matière immobilière, la question de savoir si ce créancier, qui a incontestablement perdu le droit de demander la séparation des patrimoines, a perdu aussi le droit de se présenter sur les biens héréditaires en concours avec les créanciers séparatistes? Cette question dépend du point de savoir si le créancier du défunt en acceptant l'héritier pour débiteur unique a néanmoins conservé sa qualité de créancier de la succession vis-à-vis de ses cocréanciers héréditaires. M. Demolombe (n° 169) tient pour la négative ; aussi repousse-t-il le concours de ce créancier avec les séparatistes sur les biens du défunt. Nous estimons au contraire que même dans ce cas les choses doivent se régler comme si le *de cujus* était encore vivant. Chaque créancier sans distinction recevra un dividende proportionnel et tel qu'il est fixé par la relation entre l'actif et le passif héréditaire. Mais tandis que les séparatistes le garderont, le dividende revenant au créancier qui a accepté l'héritier pour débiteur viendra s'ajouter au patrimoine de celui-ci et augmenter le gage commun sur lequel s'établira le concours de tous ses créanciers. Ainsi le défunt a laissé un actif de 10,000 fr., pour payer deux

créances chirographaires de 10,000 fr. chacune. Sa succession a été acceptée par un héritier qui, pour désintéresser ses nombreux créanciers, n'a qu'un immeuble valant 10,000 fr. L'un des créanciers de la succession, *Primus*, accepte l'héritier pour débiteur, tandis que l'autre se porte séparatiste. Que faut-il décider ? Selon M. Demolombe, *Primus* devrait avoir les 10,000 fr. en entier ; mais *Secundus* viendrait concourir avec les créanciers de l'héritier sur les 10,000 composant son actif, ce qui diminuerait d'autant leur gage. Selon nous au contraire le dividende de *Secundus* restera ce qu'il serait si son cocréancier *Primus* avait, comme lui, conservé le droit d'invoquer la séparation des patrimoines, il aura 5,000 fr. Les autres 5,000 fr. tomberont dans le patrimoine de l'héritier, qui aura désormais 15,000 fr. pour désintéresser ses créanciers.

Cette manière de procéder nous paraît juridique, car l'acte par lequel le créancier du défunt a accepté l'héritier pour débiteur a seulement effet vis-à-vis de ce dernier et de ses propres créanciers, à leur égard il n'est plus créancier héréditaire. Aussi la séparation des patrimoines lui est-elle refusée. Mais à l'égard des créanciers du défunt, cette novation, pour me servir des termes de l'art. 879, *est res inter alios acta*, et elle ne doit pas plus leur profiter qu'elle ne peut leur nuire. De même que les séparatistes peuvent opposer à leur cocréancier leur droit à l'effet de rendre non-avenus les droits de préférence qu'il

aurait obtenus de l'héritier, de même ils ne peuvent avoir par la séparation plus qu'ils n'auraient eu si la vente des biens avait eu lieu avant l'ouverture de la succession. Comment les séparatistes, qui rejettent les effets de la confusion en demandant la séparation des patrimoines, pourraient-ils s'en prévaloir dans le but de faire considérer leur cocréancier comme ayant toujours été le créancier de l'héritier? Sans doute il en est ainsi vis-à-vis des créanciers de ce dernier ; mais vis-à-vis des créanciers du défunt celui d'entre eux qui a accepté l'héritier pour débiteur conserve toujours sa qualité de créancier héréditaire que rien à leur égard ne peut lui enlever.

Cette solution est conforme au principe sur lequel repose la séparation des patrimoines, à savoir que l'état du patrimoine d'un individu et les droits de ses cocréanciers doivent être fixés à sa mort. Elle a de plus l'avantage d'obvier à un grave inconvénient de fraudes auxquelles prête le système contraire ; les créanciers de la succession pourraient s'entendre entre eux, de manière à ce que quelques-uns seulement, se portant séparatistes, obtinsent un dividende plus fort que si tous s'étaient portés franchement séparatistes ou créanciers de l'héritier.

B. — Les mêmes principes s'appliquent aux rapports des légataires entre eux. Il a été en ce sens que le légataire qui a pris l'inscription prescrite par l'art. 2111, ne peut prétendre par cela

seul à aucun droit de préférence sur ses colégataires qui ne l'ont fait que tardivement ou qui ont négligé de le faire, l'inscription n'ayant d'effet qu'à l'égard des créanciers de l'héritier. (Paris, 14 nov. 1838, S. 39. 2. 9.)

Nous croyons encore que l'inscription de l'hypothèque de l'art. 1017 n'accorde aucun avantage aux légataires qui l'ont prise contre ceux qui ont omis de le faire. Rien ne peut faire supposer qu'en conférant aux légataires cette garantie spéciale sur les immeubles héréditaires, la loi ait entendu leur donner le moyen de se primer les uns les autres ; il résulte au contraire de ses termes formels que cette garantie ne leur a été accordée que pour leur assurer un rang de priorité sur les créanciers personnels des héritiers et autres débiteurs des legs. L'hypothèque n'est d'ailleurs que la confirmation, la consolidation de la situation que le testateur fait aux légataires ; or il est de principe qu'à moins de préférence, indiquée par le testateur, tous les légataires particuliers ont des droits égaux (arg. des art. 926 et 927). Donc l'inscription de leur hypothèque légale ne crée aucun droit de préférence entre eux, la condition de tous est et doit rester égale.

C. — Passons aux rapports des créanciers héréditaires avec les légataires et supposons le conflit engagé entre eux. Si tous ont pris inscription dans le délai légal, il est certain que les légataires ne pourront venir sur les biens de la succession qu'a-

près le désintéressement des créanciers du défunt, par application de la maxime : *Nemo liberalis, nisi liberatus*

Mais, pour que ce résultat se produise, est-il nécessaire que les créanciers du défunt invoquent la séparation des patrimoines contre les légataires? La négative semble au premier abord incontestable, car il est de principe que les legs ne sont jamais acquittés sur les biens héréditaires que déduction faite des dettes (*Nemo liberalis, nisi liberatus*). En outre, les expressions des art. 878 et 2111, à l'égard des créanciers de l'héritier, semblent bien indiquer que la séparation des patrimoines n'a d'objet qu'à l'égard des créanciers personnels de l'héritier et non pas à l'égard des légataires. Mais ce raisonnement ne serait pas concluant, car, par l'acceptation pure et simple de la succession, d'où résulte la confusion des patrimoines, les créanciers et les légataires du défunt deviennent indistinctement les créanciers personnels de l'héritier, et, comme tels, il n'y a plus de différence à faire entre eux. L'héritier se trouve obligé personnellement et de la même façon envers tous ceux avec lesquels il a lui-même contracté ou dont il est le débiteur comme représentant du défunt. Par conséquent, tous, créanciers et légataires, seront payés au marc le franc sur les deux patrimoines confondus, sans que les premiers puissent prétendre au droit de préférence sur les seconds, s'ils ne l'ont pas conservé au moyen de la séparation des

patrimoines. Vainement nous objecterait-on que les art. 278 et 2111 ne parlent que de la séparation dirigée contre les créanciers de l'héritier, car ces expressions, comme le font remarquer MM. Aubry et Rau (§ 619, note 51), doivent être entendues *secundùm subjectam materiam*, et elles s'appliquent, non-seulement à ceux envers lesquels l'héritier se trouve obligé de son propre chef, mais à tous ceux qui auraient intérêt à se prévaloir de la confusion des patrimoines, et notamment aux légataires dans leurs rapports avec les créanciers du défunt. Quant à la maxime *Nemo liberalis, nisi liberatus*, elle est vague et générale, aucun texte ne la consacre, partant les créanciers ne peuvent l'invoquer à l'encontre de la confusion des patrimoines et des conséquences qui en découlent. D'ailleurs, son application n'est pas écartée d'une manière absolue ; les créanciers pourront l'opposer aux légataires lorsque la confusion des patrimoines aura cessé, c'est-à-dire en cas de séparation des patrimoines.

Le conflit, au lieu de s'engager entre un créancier et un légataire, tous les deux inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession, s'engage entre un légataire inscrit dans ce délai et un créancier héréditaire inscrit tardivement. Il faudra toujours appliquer le principe que la séparation est étrangère aux rapports respectifs des créanciers et légataires entre eux, et que le droit commun continue de les régir ; le créancier sera donc payé avant

le légataire. Même solution, si le créancier a négligé de s'inscrire. La part du légataire devra toujours se régler comme si le créancier avait été aussi diligent que lui; en d'autres termes, on lui attribuera l'excédant de ce qui pourra rester de l'actif successoral, après qu'on en aura distrait la somme nécessaire pour désintéresser tous les créanciers proprement dits. Son inscription ne lui sera donc utile que si l'actif de la succession est supérieur à son passif. Quant au créancier non inscrit, ou bien il profitera seul de la collocation qui lui aura été attribuée, s'il se porte séparatiste en remplissant les formalités légales, ou bien s'il ne veut pas ou s'il ne peut plus invoquer la séparation des patrimoines, sa part reviendra au patrimoine de l'héritier et augmentera le gage commun de ses créanciers.

En ce qui concerne les rapports entre créanciers et légataires, de graves difficultés surgissent lorsque les légataires se sont inscrits seulement en vertu de l'art. 1017 et non en vertu des art. 2111 et 2113, tandis que les créanciers ont complètement négligé de s'inscrire ou ne l'ont fait qu'après les six mois du décès et alors que l'hypothèque de l'art. 1017 avait déjà été inscrite. On se demande si dans ce cas les légataires doivent ou non être préférés aux créanciers. La question est controversée; nous ne la discuterons pas, elle demanderait des développements trop considérables. Nous nous bornerons à dire que l'affirmative nous paraît certaine.

SECTION III

Effets de la séparation des patrimoines entre les créanciers de la succession et les créanciers de l'héritier

C'est contre les créanciers de l'héritier que la séparation des patrimoines produit son effet unique. Une fois opposée, les biens héréditaires deviennent le gage exclusif des créanciers de la succession, et ceux-ci sont préférés aux créanciers de l'héritier contre lesquels ils ont obtenu la séparation.

Cette solution ne peut donner lieu à aucune difficulté tant qu'il s'agit de la distribution du prix provenant de la vente des valeurs mobilières de la succession. Le droit de préférence existant au profit des séparatistes s'exercera sur les sommes en provenant sans que les créanciers de l'héritier puissent y prétendre droit. L'excédant seulement leur sera attribué (f. 5, *de sep.*).

Mais de graves difficultés s'élèvent si l'on recherche quels sont, en matière immobilière, les effets de la séparation des patrimoines relativement aux créanciers de l'héritier, l'efficacité de ce bénéfice étant, dans ce cas, soumise à l'accomplissement de

la formalité de l'art. 2111, à l'égard des créanciers hypothécaires de l'héritier.

Voici les diverses hypothèses à prévoir :

1° Tous les créanciers de la succession, créanciers héréditaires et légataires, se sont inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession, quoique à des dates différentes. Ils priment tous les créanciers de l'héritier, même les créanciers hypothécaires dont l'inscription précéderait celle de leur droit (art. 2111).

2° Tous les créanciers de la succession ne se sont inscrits que postérieurement à l'expiration du délai utile. Dans ce cas, ils sont primés par ceux des créanciers hypothécaires de l'héritier inscrits avant eux. Leur inscription ne leur donne droit de préférence qu'à l'égard des créanciers chirographaires de l'héritier ou de ceux de ses créanciers hypothécaires dont l'inscription est postérieure à celle de leur bénéfice (art. 2113).

3° Un ou plusieurs créanciers de la succession, inscrits dans les six mois, se trouvent en présence, dans l'ordre, d'un créancier hypothécaire de l'héritier inscrit après les six mois, et d'un créancier héréditaire non inscrit ou inscrit après ce dernier. Comment se fera la collocation ? Exemple : un immeuble a été vendu 15,000 francs : Primus, créancier du défunt pour la somme de 20,000 fr., a inscrit dans le délai de six mois, conformément à l'art. 2111 ; puis vient Secundus, créancier hypothécaire de l'héritier, qui s'est inscrit, après l'expi-

ration de ce délai, pour 5,000 fr.; enfin, Tertius, créancier héréditaire, a pris inscription pour 40,000 fr. à une date postérieure à celle de Secundus. Il y a en somme 15,000 fr. d'actif pour solder un passif de 65,000 fr. Quels sont les droits de chacun?

A s'en tenir au principe émis dans la section précédente, à savoir que le créancier d'une succession ne peut, en se conformant aux prescriptions de l'art. 2111, acquérir un droit de préférence à l'égard d'un autre créancier qui a négligé de s'inscrire, Primus et Tertius devraient concourir au marc le franc. Mais l'espèce présente ceci de particulier que Secundus, qui est primé par Primus en vertu de l'art. 2111, prime à son tour Tertius en vertu de l'article 2113. Comment doit-être réglée la contribution entre ces divers créanciers? au moyen des deux règles suivantes :

A. — Le créancier inscrit dans les six mois prime le créancier hypothécaire de l'héritier, lequel à son tour prime le créancier héréditaire inscrit après le délai légal. Donc, Primus est préféré à Secundus; mais Secundus, à son tour, l'emporte sur Tertius et obtient l'allocation de sa créance avant que Tertius puisse obtenir une allocation quelconque.

B. — La séparation des patrimoines ne modifie pas les rapports des créanciers héréditaires entre eux. Primus et Tertius n'ont pas l'un à l'égard de l'autre une situation préférable. Il faut donc accor-

der à Primus ce qu'il aurait obtenu si Tertius s'était mis en règle en s'inscrivant dans les six mois ; or, la part de Primus aurait été, dans ce cas, d'un tiers de sa créance, soit 5,000 fr. ; Primus touchera donc cette somme. En seconde ligne, il faudra attribuer à Secundus, créancier de l'héritier, tout ce qui lui est dû, soit 5,000 francs ; enfin, au dernier rang viendra Tertius, pour profiter du reliquat, de sorte que, dans l'espèce, chacun des créanciers aura 5,000 fr. (En ce sens, Aubry et Rau, § 619, p. 493 et 494, note 54 ; — Laurens, n° 68.)

On a critiqué cette distribution, on a fait remarquer que dans le cas où le créancier de l'héritier est inscrit pour 10,000 francs, il touche le montant intégral de sa créance, tandis que le créancier héréditaire diligent n'en obtient que le tiers et que le créancier négligent est entièrement dépouillé. N'est-ce pas là un résultat injuste et contraire au but de la séparation, qui doit avoir pour effet de sauvegarder les créanciers du défunt, en ce sens du moins qu'ils soient préférés pour toute leur créance aux créanciers de l'héritier ?

Nous répondons que si Tertius n'a rien, c'est parce qu'il a commis une faute, celle de ne pas s'inscrire dans les six mois : lui seul doit en supporter les conséquences. Mais, d'un autre côté, cette faute doit profiter non au créancier héréditaire, mais au créancier de l'héritier, car les créanciers de la succession ne doivent pas plus

profiter de la négligence de leurs cocréanciers pour étendre leurs droits aux dépens des créanciers hypothécaires de l'héritier que celle-ci ne doit leur nuire. Il est d'ailleurs naturel que l'omission d'une formalité profite à ceux dans l'intérêt desquels cette formalité était requise. Ici, l'inscription étant uniquement prescrite dans l'intérêt des créanciers de l'héritier, la négligence de Tertius ne doit servir qu'à Secundus. Vainement nous objecte-t-on que c'est là un résultat injuste pour le créancier diligent et contraire au but de la séparation, car ce créancier « n'a qu'un droit individuel à opposer aux créanciers hypothécaires de l'héritier, donc un droit proportionnel au montant de sa créance. A quel titre réclamerait-il sa créance entière? Ce serait se prévaloir du droit des créanciers qui n'agissent point, c'est-à-dire que c'est supposer une séparation collective, avec ce singulier résultat que l'un des créanciers en profiterait seul pour toute sa créance ». (Laurens, n° 68).

Deux autres systèmes ont été présentés. L'un d'eux, soutenu notamment par Delvincourt (Cours de C. civ., t. 2, p. 179), se basant sur la maxime : *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam*, colloque le créancier de la succession inscrit dans le délai utile par préférence à tous autres créanciers, soit de l'héritier soit du défunt, pour la totalité de sa créance. Dans ce système, Primus reçoit tout le prix à distribuer, soit 15,000 francs, car Secundus n'a pu compter sur rien, puisque

l'actif s'élevait seulement à ce chiffre ; quant à Tertius, Primus est fondé à lui dire : « Entre nous deux se trouve le créancier Secundus ; or, je le prime ; donc, à plus forte raison, dois-je vous primer, vous qui l'êtes par Secundus. »

Mais ce système est aujourd'hui abandonné. On a fait remarquer que le brocard : *Si vinco*, etc., était inapplicable dans l'espèce. Il ne peut être invoqué que si les causes de préférence sont de même nature. Or, cette identité de causes n'existe pas dans l'espèce : si Primus est préféré à Secundus, c'est en vertu du droit de préférence qui résulte de la séparation des deux patrimoines, rendue publique aux termes de l'art. 2111 ; or, cela ne lui donne aucun droit vis-à-vis de Tertius. Quant à la cause de préférence de Secundus sur Tertius, elle réside dans l'antériorité de l'inscription prise par Secundus. En outre, ce système à l'inconvénient de faire produire au bénéfice de séparation des effets dans les rapports des créanciers entre eux et d'aller à l'encontre de ce principe que la négligence d'un créancier héréditaire ne doit pas avoir pour résultat d'améliorer la condition d'un créancier diligent.

Un autre système, enseigné par Duranton (t. 19, n° 227 ; — voy. aussi Audier, *Rev. pr.*, t. 29, qui cite dans le même sens un jugement du tribunal civil de Grenoble du 10 janvier 1870), tout en attribuant à Primus 5,000 francs, c'est-à-dire le dividende qu'il aurait eu dans la masse des biens hé-

réditaires, si Tertius s'était inscrits en temps utile, accorde à Tertius, à l'exclusion de Secundus, créancier de l'héritier, les 10,000 restant après la collocation de Primus. Quant à Secundus, il n'a pu compter sur rien, puisqu'il s'est inscrit après Primus, c'est-à-dire après un créancier qui avait droit à 20,000 fr.

Ce système doit être rejeté, car il accorde une prime d'encouragement à la négligence des créanciers de la succession retardataires. Il crée un droit de préférence arbitraire au profit de Tertius, et il anéantit le droit de préférence que Secundus pouvait invoquer en vertu de son hypothèque. D'un autre côté, n'oublions pas que le droit de préférence résultant de la séparation est purement individuel, en ce sens que ceux-là seuls qui l'ont régulièrement conservé peuvent en profiter. L'inscription prise par Primus ne doit donc protéger que ses droits, ni être efficace que pour lui seul, et on ne saurait en faire profiter Tertius sans méconnaître l'un des caractères essentiels de la séparation actuelle, et sans aboutir forcément au régime collectif repoussé par le Code.

4° A la place des créanciers héréditaires supposons des légataires, les uns inscrits dans les six mois, les autres après ce délai, mais séparés par un créancier hypothécaire de l'héritier. Les principes étant les mêmes, la solution sera identique.

5° Le conflit s'engage d'une part, entre des légataires inscrits et des créanciers chirographaires

non inscrits et d'autre part entre des créanciers hypothécaires de l'héritier : comment se fera la collocation ? Ex. : un légataire s'est inscrit dans les six mois du décès pour 20,000 fr. sur un immeuble d'une valeur de 50,000 fr., puis un créancier hypothécaire de l'héritier pour 10,000 fr ; enfin un créancier chirographaire du défunt a pris postérieurement inscription pour une somme de 40,000 fr. Ce conflit se règle à l'aide des deux principes suivants. La séparation des patrimoines ne peut modifier les rapports respectifs des créanciers et des légataires entre eux. Donc le légataire inscrit conformément à l'art. 2111 n'acquiert par cela seul aucune cause de préférence à l'égard des créanciers chirographaires du défunt, ce n'est qu'après eux qu'il sera payé. Mais en outre il faut tenir compte de l'effet rétroactif attaché à l'inscription prise dans le délai fixé par l'art. 2111, qui permet au légataire, quoique primé par le créancier héréditaire, de primer le créancier hypothécaire de l'héritier. En conséquence, nous colloquerons les créanciers dans l'ordre suivant. Le prix en distribution est de 50,000 fr. Si le créancier héréditaire s'était inscrit en temps utile, le légataire n'aurait eu que 10,000 fr., car en vertu de la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*, le créancier aurait été payé le premier. Le légataire est donc colloqué, jusqu'à concurrence de cette somme, de préférence au créancier hypothécaire de l'héritier, qu'il prime en vertu de son inscription.

On solde ensuite le créancier de l'héritier, qui profitera seul de la négligence du créancier héréditaire, car le montant intégral de sa créance lui est alloué, soit 10,000 fr. Les 30,000 fr. restant seront attribués au créancier héréditaire négligent.

Tels sont les droits des créanciers du défunt et des légataires sur les biens que le *de cujus* a laissés dans sa succession. Il nous reste à examiner si les séparatistes peuvent, en cas d'insuffisance de ces biens pour les désintéresser, diriger leur poursuite contre les biens personnels de l'héritier. Cette question est célèbre par la controverse à laquelle elle avait donné lieu en Droit romain. Paul refusait aux créanciers de la succession toute espèce de droit sur le patrimoine de l'héritier. Ulpien adoptait la même opinion, tout en admettant certains tempéraments. Papinien au contraire autorisait le recours des créanciers de la succession, mais seulement après le désintéressement intégral des créanciers personnels de l'héritier. Quelques auteurs ont cherché à faire revivre en Droit français le système professé à Rome par Paul et Ulpien. Mais ce système, déjà repoussé par notre ancienne jurisprudence, est aujourd'hui complètement abandonné. On reconnaît unanimement que les créanciers de la succession peuvent se retourner contre les biens de l'héritier, au cas où l'actif héréditaire serait insuffisant pour les désintéresser.

On ne se divise que sur la question de savoir quelle est l'étendue de ce droit : les créanciers

peuvent-ils concourir au marc le franc, sur les biens propres de l'héritier, avec ses créanciers chirographaires, ou bien doivent-ils attendre que ces derniers aient été complètement désintéressés? Deux systèmes sont en présence.

L'un d'eux ayant pour lui l'autorité de Papinien et de notre ancienne jurisprudence, n'admet les créanciers de la succession à se faire payer sur les biens personnels de l'héritier qu'après l'acquittement des créanciers de ce dernier (En ce sens Malleville, analyse rais. de la disc. du Code, sur l'art. 881 — Marcadé, sur l'art. 881, n° 2 — Demante, t. 3, n° 223 bis II — Mourlon, rep. écr., t. 2, n^{os} 461, 462 — Dollinger, Rev. crit., t. XXV, p. 362, n^{os} 135 et s.).

L'autre, enseigné par la généralité des auteurs, reconnaît aux créanciers de la succession le droit de venir sur les biens de l'héritier simultanément et concurremment avec les créanciers personnels de celui-ci (En ce sens Chabot, succ., t. 3, sur l'art. 878, n° 13 — Nicias Gaillard, Rev. crit., t. 8, p. 201 et s. — Aubry et Rau, § 619, note 64 — Demol., n^{os} 218 à 220 — Laurens, n° 73).

De ces deux systèmes, le premier seul nous paraît avoir été admis par le législateur. La séparation des patrimoines est une fiction qui a pour effet de faire considérer le débiteur décédé comme s'il était encore vivant; mais cette fiction est restreinte aux relations des créanciers du défunt avec les créanciers personnels de l'héritier. Ce n'est pas en

effet contre l'héritier que la séparation se produit ; c'est seulement contre ses créanciers (art. 878). Le débat s'engage donc entre deux classes de créanciers ; l'héritier y reste étranger. Tant que les deux masses de créanciers sont en présence l'une de l'autre, la fiction existe : les patrimoines du défunt et de l'héritier sont séparés, c'est-à-dire censés appartenir à deux débiteurs distincts. Il y a donc aussi deux classes distinctes et indépendantes de créanciers, et les choses doivent nécessairement se passer, à leur égard, comme si le *de cujus* vivait encore. En conséquence il faut, pour ce qui regarde les divers intéressés entre eux, que les créanciers de la succession soient écartés des biens de l'héritier, comme les créanciers de l'héritier sont écartés des biens de la succession, car les biens d'un débiteur ne doivent pas servir à payer les dettes d'un autre débiteur. Mais dès que le débat cesse, ce qui arrive lorsque l'une ou l'autre de ces deux catégories de créanciers est désintéressée, la fiction introduite pour régler leurs rapports n'a plus de cause, et le droit commun reprend son empire.

Plusieurs objections ont été faites contre ce système. On lui a reproché de reconnaître en fait au profit des créanciers de l'héritier la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession, contrairement au texte formel de l'art. 881. Mais cet article n'a rien à faire ici ; ce qui le prouve, c'est que Pothier, tout en rejettant le concours des

créanciers du défunt avec ceux de l'héritier, refusait aussi à ces derniers tout droit à la séparation. L'art. 881, en se ralliant à l'opinion de Pothier, a simplement voulu empêcher les créanciers de l'héritier d'invoquer spontanément ce bénéfice et de prendre l'initiative pour faire séparer les biens de leur débiteur de ceux d'une succession obérée. Mais il n'a en aucune façon rejetté la préférence que nous accordons à ces créanciers, et il ne signifie nullement que la séparation demandée par qui de droit ne puisse leur profiter dans une certaine mesure. C'est ainsi que l'acceptation bénéficiaire faite par un héritier donne aux créanciers de la succession l'attribution exclusive des biens héréditaires à titre de gage ; et pourtant il est manifeste qu'ils ne pourraient eux-mêmes demander le bénéfice d'inventaire. L'art. 881 ne proscrit donc pas la préférence que nous reconnaissons aux créanciers de l'héritier sur les biens de leur débiteur.

Serait-il d'ailleurs logique et équitable que ces créanciers dussent subir les conséquences de la séparation des patrimoines, sans pouvoir en invoquer les effets, que ce bénéfice, comme dit Marcadé, existât contre eux, et non pas pour eux ? S'il existe contre eux, il doit aussi par cela même exister pour eux. Une option est laissée au créancier de la succession, sans qu'il lui soit permis de la diviser ; il peut ou bien faire revivre le défunt en usant de la séparation des patrimoines, ou bien s'en tenir aux conséquences de la confusion légale.

Cette option qui lui est accordée est déjà une faveur assez grande. Qu'il choisisse donc, puisqu'il est le maître de la situation ; mais que son choix une fois fait et la séparation une fois prononcée, il en supporte toutes les conséquences, de même qu'il en réclame tous les effets ; qu'il ne vienne pas invoquer simultanément contre les créanciers personnels de l'héritier la fiction de la survivance du défunt, pour se faire attribuer exclusivement les biens héréditaires, et les art. 711 et 724 pour concourir avec eux sur les biens de l'héritier. Ce serait prétendre à l'impossible absolu, demander ce à quoi se refuse la nature des choses.

On insiste, et on objecte qu'il est inexact de dire qu'il y a deux débiteurs là où il n'y en a qu'un, deux patrimoines là où il n'y a plus que les biens de l'héritier, « il y a, dit M. Nicias Gaillard, deux ordres de créanciers ou deux qualités de créances ; il y a, si l'on veut, deux sortes de biens, mais il n'y a qu'un seul débiteur. C'est le même qui doit à tout le monde, aussi bien aux créanciers qui ont eu d'abord le défunt pour obligé qu'à ceux qui n'ont jamais eu d'autre débiteur que l'héritier... »

Sans doute, s'il y a deux débiteurs distincts, ce n'est là qu'une fiction ; mais, en réalité, le système entier de la loi, en cette matière, est fondé sur cette fiction ; force est donc de l'accepter quand on vient à en déterminer les effets. Vainement nous dirait-on qu'elle est inexacte, attendu qu'il n'y a qu'un débiteur unique de deux catégories de créan-

ciers ; car alors, comment serait-il possible d'expliquer la déchéance dont l'art. 879 frappe le créancier qui a accepté l'héritier pour débiteur? Pour nous, qui admettons qu'il y a deux débiteurs distincts, cette déchéance est tout à fait rationnelle ; ces expressions : accepter l'héritier pour débiteur, qui ont été si souvent critiquées, ne semblent plus aussi en contradiction avec le principe de l'obligation personnelle de l'héritier, ou du moins la contradiction n'est qu'apparente. C'est qu'en effet les rédacteurs du Code, toujours d'après Pothier, faisant abstraction des rapports de l'héritier avec les créanciers de la succession, n'ont eu en vue que les relations des créanciers entre eux. Et l'on comprend que, préoccupés de cette idée, ils aient cherché à rendre, d'une manière aussi frappante que possible, l'effet de la séparation qui, à ce point de vue, crée en réalité deux débiteurs et deux patrimoines.

On nous objecte encore que l'héritier, par son acceptation pure et simple, est devenu le débiteur personnel des créanciers de la succession ; donc ils ont contre lui les mêmes droits que ses créanciers personnels. Pour établir une cause de préférence au profit de ces derniers, il faudrait un texte formel, car, suivant l'art. 2092, la condition de tous les créanciers est la même, à moins qu'il n'y ait entre eux une cause légitime de préférence. Or, aucun article du Code ne donne aux créanciers de l'héritier la préférence sur les créanciers du défunt.

Nous répondons avec Marcadé que les créanciers de la succession ne deviennent et ne peuvent demeurer créanciers personnels de l'héritier que tout autant qu'il y a confusion des deux patrimoines ; donc, quand ces créanciers obtiennent, vis-à-vis de ceux de l'héritier, la séparation de ces patrimoines, ils perdent par cela seul, vis-à-vis d'eux, ce titre de créanciers personnels de l'héritier. Il n'est pas besoin d'un texte pour établir cette déchéance ; elle résulte nécessairement de ce fait que les deux patrimoines sont séparés.

Ce système est enfin le seul conforme aux précédents historiques. Nous avons vu que l'ancien Droit, en accordant aux créanciers de la succession un recours sur le patrimoine de l'héritier, les avait traités comme on avait toujours traité les créanciers de l'héritier relativement au patrimoine du défunt. Domat, Lebrun et Pothier, guides ordinaires des rédacteurs du Code civil, sont unanimes sur ce point, et leur théorie était trop connue, trop universellement acceptée, pour que le législateur, s'il avait voulu la rejeter, n'eût pas manifesté son intention d'une manière formelle.

CHAPITRE VII

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES ET DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

La jurisprudence a donné la plus grande extension au droit consacré en faveur des créanciers de la succession par l'art. 878. Ainsi, et c'est un point qui ne souffre plus de difficultés dans la pratique des cours d'appel et de la cour suprême, le bénéfice d'inventaire emporte, de plein droit, la séparation des patrimoines au profit de tous les créanciers du défunt et des légataires. En conséquence, ceux-ci sont préférés sur les biens de la succession bénéficiaire aux créanciers personnels de l'héritier, sans qu'ils aient besoin de remplir les conditions déterminées par les art. 879, 880 et 2111 (*sic* Cass. 18 juin 1833, s. 33, 1, 730 ; — Cass. 29 juin 1853, s. 53, 1. 721 ; — Cass. 8 juin 1863, s. 63, 1, 379 ; — Nîmes, 6 nov. 1869, s. 71, 2, 157).

Nous ne contestons pas le résultat de la solution donnée par la jurisprudence. L'acceptation bénéficiaire assure aux créanciers de la succession un droit de préférence sur les biens héréditaires à

l'encontre des créanciers personnels de l'héritier; elle entraîne même, nous le reconnaissons, une séparation des patrimoines. Mais, s'il en est ainsi, ce n'est pas du tout parce que l'acceptation bénéficiaire, comme le disent à tort les arrêts, emporte de plein droit la séparation des patrimoines, c'est uniquement parce que l'art. 802 attribue ce double effet au bénéfice d'inventaire. Aux termes du second alinéa, le bénéfice d'inventaire donne à l'héritier l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succesion ; les deux patrimoines restent distincts et séparés. C'est en faveur de l'héritier que cette séparation a lieu ; mais elle profite, par voie de conséquence, aux créanciers de la succession. En effet, l'acceptation bénéficiaire a pour résultat de constituer l'héritier administrateur comptable et de l'obliger, s'il veut conserver son bénéfice, à rendre compte aux créanciers et légataires, sans qu'il puisse invoquer aucun droit sur les biens du *de cujus* formant leur sûreté, avant qu'ils soient désintéressés. Or, ce que ne peut faire l'héritier pour lui-même, ses créanciers ne le peuvent pas davantage, puisqu'ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur sur la succession à lui dévolue. Cela est vrai, puisque les créanciers de l'héritier n'arrivent aux biens héréditaires que par l'intermédiaire de leur débiteur et en exerçant ses propres droits. Donc, et par la force des choses, les créanciers de la succession sont payés sur les biens de la succession, à l'exclusion des créanciers per-

sonnels de l'héritier. Comme c'est là une conséquence propre et nécessaire du bénéfice d'inventaire, non-seulement elle doit forcément se produire tant que dure le régime bénéficiaire lui-même, mais encore les créanciers de la succession n'ont rien à faire pour en bénéficier. On ne saurait leur opposer une déchéance tirée de l'inobservation des conditions déterminées par les articles 878, 880 et 2111, car leur accomplissement n'est pas nécessaire pour la pleine efficacité du bénéfice d'inventaire.

Cette solution est sans difficultés, tant que dure la succession bénéficiaire elle-même. Mais il est à craindre que l'héritier ne vienne à décheoir de son bénéfice, que par un fait postérieur de sa part (art. 800, 801) son titre ne se convertisse en celui d'héritier pur et simple. Qu'arrive-t-il alors? C'est que le droit commun reprend son empire, les biens composant l'hérédité se confondent dans le patrimoine de l'héritier. En conséquence, ses créanciers sont autorisés à se venger sur les biens héréditaires, comme sur les biens personnels de leur débiteur. Les créanciers de la succession peuvent-ils les repousser en disant que le droit de préférence qu'ils avaient à leur égard continue, malgré la cessation du régime bénéficiaire, à subsister à leur profit? La jurisprudence se prononce unanimement pour l'affirmative; elle pose en principe que, l'acceptation bénéficiaire emportant avec elle séparation des patrimoines et conservation

du droit de préférence qui y est attaché, il en résulte pour les créanciers de la succession un droit acquis dont ils ne peuvent être privés par le fait de l'héritier bénéficiaire. En conséquence, ils n'ont aucun intérêt à prendre inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession, pour la conservation de leur droit de préférence sur les immeubles héréditaires. Beaucoup d'auteurs soutiennent cette doctrine.

Pour nous, elle est complètement erronée. Nous reconnaissons bien que la séparation, produite par le régime bénéficiaire, à l'égard de l'héritier, profite par voie de conséquence aux créanciers et aux légataires du défunt; mais cet état, créé par la volonté et dans l'intérêt de l'héritier, peut prendre fin par une volonté contraire de cet héritier, et les créanciers, s'ils n'ont pas été assez prudents pour faire prononcer la séparation des patrimoines ou s'inscrire en temps utile, sont tenus alors de subir les effets de la confusion. Cette solution nous paraît plus conforme aux principes de la matière. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est faite en vue de l'intérêt personnel de l'héritier (arg. de l'art. 802), contre les créanciers du défunt et les légataires. La séparation des patrimoines, telle qu'elle est réglementée par les art. 878 et s., a pour but de protéger ces mêmes créanciers contre l'insolvabilité de l'héritier. Par conséquent il y a une différence bien marquée entre cette séparation et celle qui résulte du

bénéfice d'inventaire. Celle-ci n'a pas pour but d'opérer une séparation directe en faveur des créanciers de la succession, mais bien d'établir cette séparation contre eux et au profit de l'héritier. Aussi tout recours sur les biens personnels de ce dernier leur est-il refusé, même après l'acquittement de ses dettes personnelles. A ce point de vue la séparation des patrimoines, née du bénéfice d'inventaire, est absolue et perpétuelle et produit les effets rigoureux que Paul et Ulpien attribuaient en Droit romain à notre bénéfice. Si maintenant les créanciers du défunt retirent de cette séparation l'avantage de se faire payer par préférence aux créanciers personnels de l'héritier sur les biens héréditaires, ce n'est qu'incidemment et par la force même des choses, comme nous l'avons déjà dit, c'est parce que les créanciers de l'héritier n'y peuvent rien prétendre du chef de leur débiteur réduit au rôle de simple administrateur. En un mot cette séparation n'attribue aux créanciers de la succession aucun droit direct et personnel, le droit auquel ils prétendent ne dérive que de la qualité d'héritier bénéficiaire. Il s'ensuit que si l'héritier vient à abdiquer cette qualité, la distinction des patrimoines doit disparaître avec la cause d'où elle découlait. Aussi toute la question se réduit au point de savoir si l'héritier peut renoncer au bénéfice d'inventaire. Or nos adversaires seront bien forcés de reconnaître que ce bénéfice est dans l'intérêt de l'héritier, et que de plus chacun est libre

de renoncer à son droit toutes les fois que des motifs d'ordre public n'en prohibent pas l'abandon. C'est ainsi que d'après l'art. 790 l'héritier qui a renoncé peut se repentir et accepter la succession qu'il avait imprudemment abandonnée, pourvu qu'elle n'ait été acceptée par aucun autre successeur. Or pour peu qu'on y réfléchisse, on s'aperçoit bientôt que l'acceptation n'est rien autre chose dans les rapports de l'héritier avec les créanciers de la succession, qu'une renonciation d'une espèce particulière. Elle a en effet comme le fait remarquer ingénieusement Mourlon (Ex crit. du comm. de Trop. sur les priv., t. 2, p. 948 et 949), deux aspects bien différents. Envisagée par rapport aux parents du degré subséquent, l'acceptation bénéficiaire a tous les caractères d'une acceptation pure et simple, tandis qu'au regard des créanciers de la succession, elle équivaut à une renonciation. Dès lors, si l'héritier qui a renoncé à son titre d'une manière complète et absolue, tant au regard des parents appelés à succéder à son défaut qu'au regard des créanciers, peut le reprendre, à plus forte raison l'héritier dont la renonciation a été restreinte et limitée peut-il, quand il le veut, à ses risques et périls, se débarrasser des entraves du bénéfice d'inventaire et faire succéder la confusion des patrimoines à leur séparation. Donc les créanciers de la succession, qui bénéficient de la séparation des patrimoines née du bénéfice d'inventaire, ne sont pas fondés à prétendre

que cet état de choses constitue à leur profit un régime définitif, un droit acquis que l'héritier ne peut pas leur enlever. C'est une conséquence qui peut disparaître avec son principe, et son principe réside dans la qualité d'héritier bénéficiaire.

Cette théorie est corroborée par les art. 988 et 989 du Code de procédure. D'après ces articles, l'héritier qui a vendu les biens héréditaires, sans les formalités voulues, est réputé héritier pur et simple. La loi interprète son acte comme une renonciation au bénéfice d'inventaire et valide la vente. Or le système de la jurisprudence conduit logiquement à décider que, dans cette hypothèse d'une vente faite sans l'emploi des formes exigées, les créanciers de la succession, au lieu de poursuivre l'héritier comme débiteur pur et simple, pourraient faire annuler les aliénations par lui consenties, car si le bénéfice d'inventaire doit être considéré comme établi en faveur des créanciers de la succession, il nous est impossible de comprendre que le fait de l'héritier puisse les priver, malgré eux, du droit qui leur serait acquis par l'acceptation bénéficiaire.

A cela la jurisprudence répond que l'héritier en faisant un acte de disposition qu'il n'avait pas le droit de faire, encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire. Or cette déchéance est une peine établie contre lui et pour la sauvegarde des intérêts des créanciers de la succession. Par conséquent elle ne doit pas tourner contre eux et au

profit de l'héritier coupable ou de ses ayant-cause. Ils doivent rester maîtres ou de la faire prononcer ou de maintenir, s'ils le préfèrent, l'acceptation bénéficiaire. Cet argument est défectueux. Car les art. 988 et 989 se bornent à supposer que l'héritier prétend conserver sa qualité d'héritier bénéficiaire, et que c'est malgré lui, contre sa volonté, qu'il va être, sur la demande des créanciers de la succesion, déclaré héritier pur et simple. Mais le législateur, suivant la remarque de M. Demolombe (succ., t. 3, n° 172, p. 204), n'a pas supposé que les créanciers voulaient maintenir sous le régime bénéficiaire l'héritier qui prétendait au contraire devenir héritier pur et simple, et cela parce que l'héritier bénéficiaire a toujours le droit de renoncer à un bénéfice établi dans son intérêt. Aussi les art. 988 et 989 ne disent pas que l'héritier qui a fait un acte de position sans l'accomplissement des formes prescrites est déchu du bénéfice d'inventaire ; ils se bornent à dire qu'il est alors réputé héritier pur et simple, c'est-à-dire que cette prétendue peine n'est dans ce cas qu'une présomption déduite par la loi de la volonté qu'elle suppose de plein droit à l'héritier lui-même de renoncer à son bénéfice, en faisant un acte que ne comportait pas son titre de simple administrateur.

Vainement la jurisprudence objecte-t-elle que cette doctrine est une porte ouverte à tous les genres de fraude, puisque l'héritier pourrait, en faisant acte d'héritier, postérieurement aux six mois

de délai de rigueur prescrit par l'art. 2111, enlever aux créanciers de la succession le droit de s'inscrire utilement et leur imposer pour ainsi dire, par un acte même clandestin, les effets fâcheux de la confusion. Les créanciers du défunt et les légataires ont dû prévoir ce qui arrive, et dans cette prévoyance rien ne les empêchait de requérir inscription pendant la durée du régime bénéficiaire. Il ne faudrait pas, comme on l'a fait, argumenter de l'art. 2146, al. 2, pour prétendre que dans le cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire il est impossible aux créanciers de la succession de prendre l'inscription prescrite par l'art. 2111. Car il suffit de lire l'art. 2146, pour reconnaître que l'objection ne porterait que sur une équivoque. Qu'a-t-il voulu en effet? Défendre aux créanciers d'une succession bénéficiaire d'acquérir un droit de préférence entre eux, mais non pas contre les créanciers de l'héritier; or c'est là précisément l'objet de l'inscription à fins de séparation des patrimoines. L'art. 2146 ne saurait donc empêcher les créanciers de la prendre ; s'ils l'ont négligé, il n'y a nulle injustice à ce qu'ils subissent les conséquences de leur imprévoyance.

Nous n'avons jamais compris comment la jurisprudence pouvait, en admettant la doctrine du Droit hypothécaire et privilégié de la séparation, décider en termes aussi formels que le bénéfice d'inventaire emporte de plein droit la séparation des patrimoines. Elle est bien forcée de reconnaî-

tre que ce bénéfice n'en produit pas tous les effets, notamment le droit de suite au profit des créanciers de la succession. Ce droit ne peut leur appartenir que s'ils se sont conformés aux prescriptions de l'art. 2166, c'est-à-dire s'ils ont inscrit leur privilége aux conditions déterminées par l'art. 2111.

Le système de la jurisprudence n'est pas seulement illogique dans ses déductions, il est de plus en opposition avec le texte et l'esprit de nos lois. Au cas de séparation des patrimoines proprement dite, on a senti la nécessité de soumettre ce bénéfice à la publicité : Et voilà que la jurisprudence introduit en réalité un bénéfice de séparation avec dispense d'inscription, car il est impossible de considérer une déclaration au greffe comme opérant une publicité aussi complète qu'une inscription prise sur les registres du conservateur des hypothèques. Cette publicité fera même défaut dans les cas de minorité et d'interdiction où l'acceptation bénéficiaire est de droit et ne résulte de l'accomplissement d'aucune formalité.

De là des difficultés pour les tiers, dont les intérêts se trouvent sacrifiés sans motif plausible à ceux des créanciers de la succesion. Après un long temps d'administration, en présence des actes de disposition réitérés et formels faits par l'héritier, ils ont pu facilement se persuader que tous les biens qu'ils possédaient lui appartenaient également libres, et sur le vu des certificats négatifs

délivrés par le conservateur, ils ont pris inscription sur les immeubles héréditaires. Eh bien, ces tiers qui acceptent ces immeubles pour leur sûreté se trouveront tout à coup frustrés dans leurs espérances légitimes par l'apparition de titres de créances, même sous seing privé, même non enregistrés, émanés du défunt, car le décès leur aura donné date certaine et de par la jurisprudence ils emporteront un privilége qui primera toutes les hypothèques conférées par l'héritier pur et simple. Ce seul résultat ne suffit-il pas pour condamner la doctrine qui le produit ? Aussi ne se retrouve-t-elle pas dans le nouveau Code civil Italien dont l'art. 2058 dispose : L'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession ne dispense pas les créanciers du défunt et les légataires qui entendent se servir du droit de séparation, de ce qui est établi dans le présent titre.

Cette dernière solution avait prévalu dans la discussion ouverte devant l'Assemblée législative en 1849 et en 1850 sur les réformes à introduire dans le régime hypothécaire (V. Pont. priv. et hyp., t. 1, n° 301), et il serait à souhaiter dans l'intérêt de tous, des tiers comme des créanciers, qu'elle reçût la sanction de la jurisprudence.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le débiteur, poursuivi par une action stricti juris, ne doit les intérêts moratoires ni ex mora, ni ex lite contestata.

II. — L'un des corrès peut faire une novation.

III. — L'action de dol ne peut pas être accordée quand on a l'exception. Toutefois l'on pourrait, quoiqu'on eut l'exception de dol, obtenir l'action in factum.

IV. — Dans le cas de perte par cas fortuit de l'une des choses dues sous une alternative, le débiteur doit prester celle qui reste et ne peut pas offrir l'estimation de celle qui a péri.

V. — La règle, res perit emptori, a toujours été admise en Droit romain et elle doit s'entendre en ce sens que, si dans le temps intermédiaire entre la formation du contrat et la tradition du corps certain vendu, ce corps certain vient à périr par cas fortuit, l'acheteur n'en reste pas moins tenu de payer le prix ou ne peut pas le répéter, s'il l'a déjà payé.

VI. — Si deux causes distinctes ont conféré la propriété à un demandeur en revendication, en ayant soin de déclarer expressément dans la formule qu'il entend agir en vertu d'une de ces causes seulement, ce demandeur se réserve par là même la possibilité de revendiquer, plus tard, en vertu de l'autre, s'il succombe dans son premier procès.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

I. — La saisine héréditaire vient du droit germanique.

II. — Elle est collective et in solidum.

III. — La distinction des biens en meubles et immeubles et les règles qui s'y rattachent sont d'origine, non pas Romaine, mais Coutumière.

IV. — La réintégrande n'est pas une action possessoire.

DROIT ACTUEL

I. — Les étrangers ne jouissent en France des droits civils dérivant de la loi civile seule qu'à suite d'une concession résultant, soit de la réciprocité diplomatique, soit d'une disposition spéciale. Toutefois ils jouissent, sans qu'il soit besoin d'une concession expresse ou tacite à cet égard, de tous les droits civils, dérivant de la loi naturelle, ou généralement admis par les nations.

II. — La femme séparée de corps ne peut pas se faire naturaliser en pays étranger.

III. — La déchéance édictée par l'art. 299 C. c. est applicable à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. En conséquence les donations que son conjoint lui avait faites, soit par le contrat de mariage, soit après le mariage contracté, sont révoquées de plein droit.

IV. — Dans une donation avec charges, le donateur a le choix ou de demander la révocation de la donation ou de contraindre le donataire à exécuter les charges.

V. — La vente de la chose d'autrui n'est ni inexistante ni résoluble, elle est seulement annulable dans l'intérêt de l'acheteur.

VI. — Le mari doit récompense à la communauté pour les amendes, et non pour les réparations civiles auxquelles il a été condamné par suite de ses délits.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Lorsqu'une affaire appartenant à une juridiction d'exception a été soumise à une juridiction ordinaire, celle-ci est incompétente ratione materiæ *et doit d'office se dessaisir.*

II. — En matière civile le ministère public ne peut pas, en dehors des cas expressément prévus par la loi, agir comme partie principale dans les actions qui intéressent de près ou de loin l'ordre public. Il ne peut agir que comme partie jointe et par voie de réquisition.

III. — Les exceptions de litispendance et de connexité peuvent être proposés en tout état de cause.

DROIT CRIMINEL

I. — Lorsque deux faits délictueux, à la charge d'un même individu, ne sont pas tous compris dans la même poursuite et donnent lieu à des poursuites successives, la poursuite pour le second fait doit avoir lieu, bien que ce fait entraîne une peine moins grave que le premier.

II. — Pour que la tentative en matière de délits correctionnels soit punissable, il faut : 1° qu'elle soit exceptionnellement incriminée par une disposition expresse de la loi ; 2° qu'elle réunisse les caractères de tentative déterminés par l'art. 2 C. p.

III. — Le fils, complice de l'homicide de son père, accompli par un tiers, est passible de la peine du parricide.

DROIT COMMERCIAL

I. — Si le mari refuse de consentir à ce que sa femme fasse le commerce, elle ne peut pas se faire valablement autoriser par justice.

II. — Une société anonyme peut être mise en faillite.

III. — Le caractère constitutif et distinctif de l'action dans les sociétés, ce qui la distingue de l'intérêt, c'est que l'action seule est cessible.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Les ministres, chacun dans leur département, sont juges de Droit commun, mais non juges d'appel.

II. — Lorsqu'une section de commune vient à disparaître, ses biens doivent faire retour à la commune dont elle faisait partie.

III. — Le particulier ou la personne morale lésée par un acte administratif entaché d'excès de pouvoir, peut saisir le Conseil d'Etat de plano et omisso medio, *quand même cet acte serait susceptible d'autres recours soit devant l'autorité judiciaire, soit devant l'autorité administrative.*

DROIT DES GENS

I. — Les principes du droit des gens ne s'opposent pas à ce qu'un Etat ait le droit, en dehors de tout traité, de livrer un individu présumé coupable dont l'extradition lui est demandé par autre Etat.

II. — Le principe de l'inviolabilité doit protéger l'ambassadeur qui traverse le territoire d'une nation amie pour se rendre sur le territoire de celle auprès de laquelle il est accrédité.

III. — Il ne faut pas assimiler la guerre à la légitime défense.

ECONOMIE POLITIQUE

I. — En thèse générale, les règlements qui gênent le travail, en lui prescrivant un mode d'application

et les résultats qu'il doit produire, sont aussi nuisibles à la production que ceux qui entravent le libre mouvement des travailleurs.

II. — La charité publique et la charité privée, exercées dans une certaine mesure, ne sont pas en contradiction avec les données de la science économique.

Vu par le président de la Thèse,
Henri Massol.

Vu par nous, Doyen de la Faculté,
Bonfils.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
C. Chappuis.

Cette Thèse sera soutenue, en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse, le décembre 1879.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

Pages

CHAPITRE I. — De l'origine de la separatio bonorum et des cas où elle est accordée 17

CHAPITRE II. — Des sujets actifs et passifs de la separatio bonorum. 57

CHAPITRE III. — Sur quels biens et sous quelles conditions peut être demandée la separatio. 86

CHAPITRE IV. — Des formes dans lesquelles la separatio est demandée. 97

CHAPITRE V. — Des effets de la separatio bonorum. 115

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Pages

CHAPITRE I. — Comment la séparation de biens fut introduite dans le droit coutumier. 129

CHAPITRE II. — Des sujets actifs et passifs de la séparation des biens 138

CHAPITRE III. — Des conditions sous lesquelles la séparation des biens est accordée. 144

CHAPITRE IV. — Des formes dans lesquelles la séparation des biens doit être demandée. 149

CHAPITRE V. — Des effets de la séparation des biens. 153

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque.
DE TOULOUSE

TROISIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

Pages

INTRODUCTION. 161

CHAPITRE I. — Nature légale de la séparation des patrimoines 164

CHAPITRE II. — Sujets actifs et passifs de la séparation des patrimoines.. 197

CHAPITRE III. — Des biens auxquels s'applique la séparation des patrimoines 213

CHAPITRE IV. — De la procédure en séparation des patrimoines 220

Pages

. — Causes de déchéance de la séparation des patrimoines 245
Section I. — Renonciation 246
Section II. — Confusion 250
Section III. — Prescription 252
Section IV. — Aliénation. 256
Chapitre VI. — Effets de la séparation des patrimoines. 267
Section I. — Effets de la séparation des patrimoines vis-à-vis de l'héritier ou des héritiers. 267
Section II. — Effets de la séparation des patrimoines à l'égard des créanciers de la succession et dans leurs rapports respectifs 279
Section III. — Effets de la séparation des patrimoines entre les créanciers de la succession et les créanciers de l'héritier. . . 293
Chapitre VII. — De la séparation des patrimoines et du bénéfice d'inventaire. 308
Positions. 319

ERRATA

—

Note de la page 58, après : en Dr. r. et en Dr. fr., lire : p. 34, 35 et note 3.

Page 70, au lieu de : *seripserit*, lire : *scripserit*.

Note des pages 78 et 79, au lieu de : Saccus et de Fabet, lire : Paccius et Faber.

Page 83, après : Rev. de Dr. fr. et étr., to. 3, 1846, lire : p. 427.

Page 199, au lieu de : Contre, lire : Contra.

Page 259, au lieu de : mobilières C. pr., lire : mobilières Cpr.,

Impr. P. RIVIÈRE et Cie. Toulouse.