23260

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

ACTE PUBLIC

POUR LE DOCTORAT,

SOUTENU PAR

M. CARBONELL (JOSEPH),

Né à Ur (Pyrénées-Orientales).

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque.
DE TOULOUSE

JUS ROMANUM.

De inofficioso testamento.

Si juris romani ortum à fonte repetamus : Pater familias qui in filios vitæ ac necis potestatem habebat, de bonis suis testamento suæ spontis statuebat : *Dicat testator in pecuniâ, et erit lex.* Filii spoliati bonis paternis, frustrà doluerint. Illis denegatur actio [redacted] ad certam partem bonorum patris colligendam, dummmodò rectè testatus sit

pater. Sed ut valeat testamentum ejus qui filium in potestate habet, illi curæ erat eum heredem instituere vel exheredare. *Alioquin, si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur : adeo ut et si, vivo patre, filius mortuus sit, nemo heres ex testamento existere possit, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio,* ex eâ regula quæ dicit :

Ea quæ ab initio in testamentis non valent, ex post facto non convalescere. Oportet autem eum qui condit testamentum, non liberorum tantum qui in rerum naturâ sunt, sed et postumorum curam gerere, eosque vel heredes scribere, vel exheredare; nam si præteriti sint, simul ac nati fuerint testamentum rumpunt. Mater vel avus maternus liberos heredes instituere aut exheredare necessè non habent, sufficit eos silentio præterire; nam eorum silentium non minus potest quam exheredatio patris. Undè sequitur ut filii à patre exheredati, et à matre, vel avo materno omissi, nulla colligebant bona paterna, materna aut avita, et sic ad summam inopiam sæpè redigebantur cùm in magnas pecunias venire credidissent.

Si id ex Quiritum patriâ potestate strictè procedebat, longissimè à jure naturali et æquitate abhorrebat. *Jure naturali*, nam qui genuit liberos illis victum præbere debet, et ob id aliquid, hereditatis eis donare; *æquitati*, nam patrem divitiis augxerant liberi, itaquè iniquissimum erat ab illis abjudicare paterna bona quorum, vivo quoque patre, quodammodò domini existimabantur.

Etenim Jus Romanum quod continuò ad jus naturale propriùs accessit, prætoribus et jurisconsultis adjuvantibus, huic iniquitati mederi debebat. Quapropter excogitata fuit actio dicta *querela inofficiosi testamenti* quâ liberi à patre injustè exheredati, aut à matre, vel avo materno omissi, impugnabant testamentum conditum contrà officium pietatis. Vocabant *querelam*, ait Heineccius, quia cognati propriè non accusare et litigare, sed *conqueri* interse dicebantur.

Rem propositam in quatuor membra discerpemus, naturaliter enim in quatuor articulos deducitur.

Origo et natura inofficiosi testamenti querelæ.

Qui querelam agere possunt ?

Quandò inofficiosi testamenti denegatur querela ?

De effectu sententiæ contra testamentum inofficiosum.

§ Ier — *Origo et natura inofficiosi testamenti querelæ.*

Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum; idest quo testator exheredavit vel omisit, sine ullâ datâ causâ, filios aut parentes quos, ex officio pietatis et naturæ, ad certam partem hæreditatis vocaturus erat.

Remedio quærendo tali iniquitati, permissum est de querelâ inofficiosi testamenti agere, quæ nihil aliud est quam officii judicis imploratio quo testamenti alicujus, velut inofficiosi rescisio postulatur.

Cujus ratio : non est enim consentiundum, ait Gaïus, parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt : quod plerumque faciunt, malignè circà sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti aut delationibus stimulati.

Itaquè in extremum subsidium introductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi dicentes se iniquè exheredatos vel iniquè præteritos esse, hujus coloris prætextu, quod defunctus sanæ mentis non fuerit, cum testamentum ordinaret.

Hoc dicitur non quasi verè furiosus, vel demens testatus sit, sed rectum quidem fecit testamentum; sed non ut ratio pietatis exigit, nam si verè furiosus vel demens fuisset, testamentum facere non potuisset.

Qui querelam inofficiosi testamenti introduxit ?

Inter juris interpretes valdè quæritur. Alii à lege Glicia, alii ab usu et moribus populi romani introductam arbitrantur. A jure prætoriano, jurisconsultis juvantibus, generatam existimo in favorem liberorum, rigorem juris civilis corrigendi gratiâ, sicut bonorum possessionem et quasi speciem petitionis hereditatis habendam esse; nam per eam, sicut infrà dicemus, vindicatur hereditas et victor, jure intestati, succedit ac legitimus heres effici dicitur.

Antè Ciceronis temporâ, querela inofficiosi testamenti creata erat, nam princeps oratorum in oratione in Verrem de illâ locutus est.

Videmus apud Sallustium Jugurtham Micpsæ patris testamentum hoc modo recidere cupientem quod, confectus annis, Micipsa parùm animo valuisset. Item in poemate de Æneide non comburenda et

de Virgilii testamento non observando, quo id præscribebatur, Divum Augustum imperatorem eodem remedio usum esse narrant.

Quidquid originis querelæ sit, certum est hanc in judicio Centumvirali agendam esse.

§ II. — *Qui querelam agere possunt ?*

Circà hanc questionem duo nobis sunt perscrutanda : quibus personis, et in quibus scilicet casibus eis conceditur ?

I. Primò quidem liberis conceditur ut voluit Justinianus imperator (T. 18, ins. præ.) dicens : *Inductum est enim ut de inofficioso testamento agere possint liberi.*

Rationem jam retulimus : non est consentiendum patribus qui injuriam adversùs liberos suos testamento inducunt. Idem de liberis à matre vel avo materno præteritis, propter similem rationem, dicendum est.

Nec interest sui sint liberi an emancipati, nati an postumi, sive post mortem patris, sive post conditum patris matrisve testamentum fuerint editi. Denique nec refert, primi an ulterioris gradûs sint liberi, quotiès, prædefunctis parentibus intermediis, ad ipsos jus succedendi ab intestato devenit. Sed si primi gradûs liberi justè exheredati vel injustè exclusi, superstites testatori, querelam agere nolunt, ne potibus ab illis procreatis querela non datur, quia intestati avi heredes non sint. Idem jus competit legitimatis sicut legitimis. Naturalibus verò, contrà matris testamentum, sed non patris querela datur. Idem jus habent spurii, justis liberis non existentibus (Cod. 5, ad sc. orphit.).

Quid de filiis adoptatis ?

Jure antiquo filii adoptati in potestate patris adoptivi erant, nam, ut ait Gaïus, *non solum naturales liberi in potestate nostra sunt, verum etiam hi quos adoptamus.* Sic per adoptionem, patris naturalis potestas transibat ad adoptivum. Undè familiæ naturalis jura amittebat et jura successionis acquirebat in hereditate patris adoptivi cujus heres suus erat. Itaque hic heredem instituere aut exheredare justà causa debebat; et si non fecerat, nullum erat testamentum aut querela inofficiosi concedebatur adoptati. Sed si hic emancipatus erat à patre adoptivo, ad hunc æquè extranei loco fiebat, et propter quod, querela

inofficiosi testamenti patris adoptivi, ei non competebat, nec ulla illi dabatur actio ad partem patris naturalis hereditatis obtinendam, si hic mortuus erat ante emancipationem filii. Quapropter sæpè adoptatus excludebatur ab utraque hereditate.

Huic malo remedio dando, Justinianus imperator adoptionis effectus temperavit ex constitutione de qua loquitur in § 2, tit. 11, de adopt. dicens : *Sed ex constitutione nostrâ, cum filius familias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis patris naturalis minimè dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sint.* Cui patri licentiam datur, si voluerit nihil filio testamento relinquere; sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit et non legitimo vinculo adstrictum. Undè adoptatus extraneo, qui heres patris adoptivi non erat, nec ab eo exheredari debebat, nec omisso querela inofficiosi concedebatur. Sed à patre naturali exheredandus, vel instituendus erat, sin aliter contrà testamentum cujus querelam inofficiosi agere poterat.

Adoptione facta non extraneo, adoptatus deveniebat filius legitimus adoptantis in cujus potestate erat. Tunc illa *perfecta* dicebatur adoptio, et adoptatus à patre adoptivo hæres instituendus erat, vel exheredandus juxtà causa, sin aliter ei querela inofficiosi dabatur, si ex alia causa non irritum esset testamentum.

Ut brevi dicam : nec tantùm legitimè natis datur querela, sed et adrogatis puberibus ac adoptatis, quotiès concurrunt naturalia et civilia adoptionis jura.

Quibus autem casibus liberis conceditur inofficiosi querela? Si injustè à parte exheredati et à matre aut avo materno omissi ad defuncti bona vel partem eorum alio jure venire nequeunt. Undè non adrogatis impuberibus datur quia quartàm divi pii Antonini habent.

Justæ exheredationis aut præteritionis liberorum causæ relatæ sunt in Nov. 115, Justiniani, cap. 3. Quatuordecim sunt scilicet : filius potest exheredari :

1° Si parenti manus intulerit ;

2° Si gravem et inhonestam injuriam ei ingesserit ;

3° Si parentem accusaverit, nisi crimine majestatis;

4° Si cum maleficis et maleficus conversatur;

5° Si vitæ parentis per venenum, vel alio modo insidiari tentaverit;

6° Si novercæ aut concubinæ parentis sese immiscuerit;

7° Si, ex delatione filii, grave dispendium parens sustinuerit;

8° Si, pro patre incluso, liberi masculi doli capaces, ab intestato ei successuri, ab eo pro persona vel debito rogati, in quantum idonei, fidejubere noluerint;

9° Si convicti fuerint liberi parentis prohibuisse testamentum, undè parenti licet eos exheredare vel omittere, si posteà testamentum fecerit. Si verò intestatus decedit, adversus liberos, personæ quibus interest actiones exercere possunt;

10° Si præter voluntatem parentum se sociaverint arenariis vel mimis, nisi ejusdem professionis fuerint parentes;

11° Si filia vel neptis non consenserit voluntati parentis cupientis eam honestè copulare, sed luxuriosè vivere elegit; attamen viginti quinque annis nata, eam marito copulare differente parente, si in suum corpus peccaverit, aut deficiente consensu parentis, marito libero se junxerit, hoc ad ingratitudinem filiæ non imputatur;

12° Si liberi furioso parenti curam non præbuerint, et attestatione factâ, extraneus qui eum neglectum in domo susceperit, legitimus successor erit;

13° Si parentem captum ab hostibus, redimere noluerint liberi;

14° Si tandem, patre orthodoxo, hæretici fuerint liberi.

Nov. 115, cap. 3, hanc continet dispositionem : « Ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis opponere causas, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur. » Attamen quas causas non excludere alias similes aut graviores existimo, nam ibidem juris ratio est singulique casus in legibus comprehendi nequeunt.

II. Cessante liberorum causa, quia testator non habet liberos, hæc querela inofficiosi datur secundò parentibus præteritis testamento filii emancipati aut injustè exheredatis. (Inst. § 1, *verum etiam parentibus*, et Nov. 115, cap. 4.)

Sancimus, ait Justinianus imperator, *non licere liberis parentes suos*

præterire, aut quolibet modo à rebus propriis in quibus habent testament licentiam, eos omninò alienare, nisi causas quas enumeraverimus in suis testamentis specialiter nominaverint.

Quamvis enim parenti non debeatur filii hereditas ex voto patris, turbato tamen mortalitatis ordine, non parenti minus quam liberis piè relinqui debet.

Justæ causæ exheredationis parentum recensentur octo in Nov. 115, cap. 4, quæ sunt : 1° Si parens filium accusaverit crimine capitali, nisi majestatis;

2° Si vitam ejus insidiatus erit;

3° Si nurui suæ aut concubinæ filii sese immiscuerit;

4° Si testamentum filii prohibuit in quibus habet testandi licentiam;

5° Si captum ab hostibus non redemit;

6° Si furioso filio curam non præbuit;

7° Si hereticus sit parens;

8° Si parens matris vitæ, aut mater patris vitæ per venenum insidiari tentaverit.

III. Denique liberorum et parentum causa cessante, quia nec filii, nec parentes supersunt testatori, tertiò fratribus et sororibus querela inofficiosi competit dummodò non sint uterini et *turpibus personis scriptis heredibus.* Posteà verò, jure adgnationis sublato, etiam uterinis data fuit querela. Attamen, turpibus personis scriptis heredibus, denegabatur querela fratribus et sororibus qui voluerunt mortem fratris de testamento cujus agitur, aut qui properaverunt contra eum criminalem inscriptionem inducere, aut substantiæ ei inferre jacturam. Nov. 22, cap. 47.

Tandem ultrà fratres et sorores, cognati nullo modo agere possunt.

Antiquitùs querenti injuriam exheredationis probare curæ erat; sed ex jure novo onus probandi justam exheredationis causam incumbit heredi. Sufficit, ad excludendam querelam, ut ex pluribus causis expressis una probetur.

Hæc querela, sicut diximus, quasi extraordinarium et extremum remedium consideranda, concessa fuit olìm his qui nullo alio jure ad

defuncti bona venire poterant ad colligendam certam hæreditatis partem dictam *legitimam* id est à lege debitam.

Jure antiquo *legitima*, sicut quarta falsidia, exæquabat quartam partem bonorum hæreditatis. Liberi quibus aliquid minus quartâ parte hæreditatis legitimæ relictum fuisset, id est ejus hæreditatis quæ ab intestato liberis ex lege competit, hanc querelam movere poterant, nisi testator, qui minus eâ quartâ illis reliquisset, in suo addidisset testamento se velle ut, boni viri arbitratu, quod deesset usquè ad quartam complendum foret.

Sed Justinianus imperator aliquid immutavit de institutis priorum duobus modis : 1° augxit legitimam filiorum et, jure novo, diversam decrevit quantitatem pro diverso numero superstitum liberorum. Si quatuor sint liberi vel pauciores trientem totius hæreditatis inter se æqualiter dividendum ; semis, si plures quam quatuor. Sic quisque obtinet trientem aut semissem portionis quam ab intestato obtinuisset. 2° Denegavit querelam ei cui certa pars hæreditatis vel res fuerit relicta et voluit compleri ad legitimam partem, licet non fuerit adjectum à testatore boni viri arbitratu debere eam compleri, dummodò aliquid sicut heres receperit ille.

Ad legitimam hæreditatis portionem constituendam, spectandum est quæ sit patrimonii quantitas testatoris mortis tempore. Patrimonium dicitur quod superest, ære alieno, funeris impensis et libertatibus deductis. Cùm igitur legitimam minui per libertates placet, eveniebat ut qui servos tantum habebat in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludebat.

Legitimâ constituendâ, patrimonio patris congregari debet quidquid reliquit hæreditario nomine, vel legati, vel propter mortem donationis; sed quod datum erat donatione inter vivos, non est considerandum ad legitimam supputandam (quia in patrimonio defuncti tempori mortis non erat) nisi factæ fuissent donationes inter vivos ad elidendam inofficiosi querelam, nam tunc revocantur querelâ inofficiosæ donationis. Undè donatio inter vivos facta filio, non ab illo imputanda erat in legitimam, si hoc non præscripsisset donator ; nam si inter vivos fuerit donatum eâ contemplatione ut in legitimam habeatur, potest dici inofficiosi querelam cessare si legitimam in donatione habet.

Si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repletur : aut certè conferri oportet id quod donatum sit. Dos et donatio propter nuptias profectitiæ etiam conferuntur aut imputantur legitimæ.

Cum quod mortis causâ donatione donatum sit imputatur legitimæ, sequitur ut, si testator eo modo filio donaverit partem ejus quod ad eum esset perventurum, patre intestato mortuo, securè testatus erit pater jure antiquo.

Tempus mortis etiam inspiciendum est ut sciamus quanti sint liberi ad quantitatem legitimæ supputandam; nam, sicut jam diximus, diversa est quantitas legitimæ pro diverso numero superstitum liberorum. Sed an justè exheredati numerum liberorum augeant ut legitima magis semis quam triens sit? Variè sentiunt interpretes; ego verò existimo justè exheredatum meritò mortuis annumerandum, ità nec numeratur ad augendam vel ad minuendam aliorum legitimam.

Cui legitima debetur potestne à tempore mortis repetere fructus? heres aut bonâ fide aut malâ fide possedit : si bonâ, de consumptis non tenetur; si verò malâ, de universis sive extantibus, sive consumptis et de his etiam quos percipere potuisset.

Observandum est liberam ab omni onere esse legitimam relinquendam, ità ut neque ex conditione aliquâ suspendi, neque fideicommisso gravari possit. Gravamen omne pro non scripto et irrito habendum est. Tandem, jam dictum est, legitimam aut certam partem, institutionis titulo, liberis et parentibus relinquendam esse Justiniano placuit, quia honestior videtur institutionis quam legati vel donati vel fideicommissi Titulus.

§ III. — *Quando inoffficiosi testamenti denegatur querela?*

Denegabatur liberis et parentibus, 1° si aliâ quacumque viâ ad defuncti bona accedere possint, sive jure legati vel fideicommissi; sed Justinianus aliud jussit in Nov. 115, cap. 3. Ità abrogatur jus vetus cujus sit mentio § 6, de inst. de inoff. quo supplementum legitimæ jure legati relinqui poterat.

2° Denegatur querenti si post quinquennium, ab aditâ hæreditate, inofficiosum dici cœptum est.

*

3° Si quis post rem inofficiosi ordinatam, litem dereliquerit, posteà non audietur.

4° Ei qui agnovisse et approbasse videtur judicium testatoris; E. G. si hæreditatem vel res singulas ab hærede instituto exheredatus emit; si ei solvit quod debebat testatori, sciens eum esse hæredem. Item si aliàs voluntatem testatoris probaverit, putà in testamento adscripserit *post mortem patris* se consentire, repellendus est ab accusatione. Sed vivo patre talis renuntiatio, *ne de inofficioso testamento dicatur*, querelam super judicio futuram non excludit: meritis enim liberos magis quam pactionibus adstringi placuit. (Paul. 4 sent. 5, § 8.) Ab accusatione etiam removetur exhæredatus si petenti legatum ex testamento ad vocationem præbuit, aut procurationem susceperit; videtur enim comprobare defuncti judicium.

Qui legatum percepit, non rectè de inofficioso testamento dicit, nisi totum *alii* administravit : sic si tutor, nomine pupilli, ex testamento sui patris legatum acceperit, nihilominùs poterit, nomine suo, de inofficioso agere si ei nihil reliquerit pater.

5° Prætereà evanescit querelæ movendæ jus, si mortuus fuerit sine liberis exheredatus, querelâ necdum præparatâ; nam tunc ad hæredes non transmittitur. Sed si accusationem comminatus fuerit, ad hæredem suum transmittet.

6° Si de lite transactum est, denegatur querela.

7° Si quis in militia fecerit testamentum, non ignorans an habeat liberos, et intrà annum post militiam decesserit, querela inofficiosi cessat.

8° Si filius familias moritur postquam testaverit de peculio castrensi aut quasi-castrensi, non conceditur querela.

9° Mater testamentum filii impuberis inofficiosum dicere non potest, quia pater hoc fecit.

10° Tandem denegatur querela si bonâ mente facta sit exheredatio, ob furorem, prodigalitatem aut impuberem ætatem.

§ IV. — *De effectu sententiæ contrà testamentum inofficiosum.*

Quid si actor querelæ vicit? Antiquitùs omninò nullum erat testamentum, sed in Nov. 115, Justinianus imperator jussit :

Si defunctus testamento legata vel fideicommissa aut libertates reliquit, omnia adimpleri et dari illis quibus fuerint derelicta. Sed quantum ad hæredis institutionem spectat, testamento evocato, ad liberos hæreditatem parentum, tanquàm ab intestato, ex æquâ parte pervenire. Quod ideò inductum est quia testator in solâ hæredis institutione peccavit; nam quamvis filios hæredes scripsisset, legata tamen relinquere potuisset testator.

Si pars judicantium de inofficioso contrà testamentum, pars verò secundum testamentum sententiam dederit, sequuntur sententiam partis quæ secundum testamentum spectavit, id est, indubio judicatur pro testamento.

Si actor querelæ superatus est, omnia ei à testamento relicta amittit si de querela agit nomine proprio.

CODE CIVIL.

Théorie des rapports.

Le rapport est l'acte par lequel les héritiers, avantagés par le défunt, remettent à la masse de la succession ce qu'ils ont reçu pour être compris dans le partage, comme s'ils n'en avaient jamais été saisis.

Le père de famille est présumé avoir une affection égale pour chacun de ses descendants; par conséquent, point de préférence entr'eux si elle n'est indiquée. — La faveur de l'égalité entre les appelés, et la présomption que les avantages faits à un successible ne sont qu'un avancement de ce qui pourrait lui revenir un jour, justifient la loi des rapports.

L'origine du rapport se trouve dans la législation romaine. Il n'était pas connu dès les premiers temps; la raison en est qu'il ne pouvait se présenter aucun cas où il y eût matière à rapporter, puisque la loi des douze tables n'appelait à la succession de l'ascendant que les héritiers siens, auxquels le père n'avait pu faire aucune libéralité. Plus tard, la législation prétorienne apporta de sages tempéraments aux principes rigoureux du droit primitif, en permettant aux enfants émancipés de venir prendre part à la succession de l'ascendant avec les héritiers siens. L'émancipé, depuis qu'il avait été dégagé des liens de la puissance paternelle, avait pu acquérir des biens; d'un autre côté, il était resté étranger aux acquisitions que les héritiers siens avaient faites

pour l'ascendant ; l'équité voulait donc que l'émancipé, en venant à la succession avec ceux qui n'étaient jamais sortis de la famille, leur rapportât ce qu'il avait acquis depuis son émancipation. Ce rapport, comme on le voit, n'avait pour but qne de désintéresser les héritiers siens. Sous l'influence de ce principe, il n'avait lieu ni entre les héritiers siens ni entre les émancipés ; il n'était établi que pour le cas de concours des uns et des autres.

Le rapport s'étendit successivement à d'autres cas à mesure qu'il s'opéra de réformes dans la législation : il n'était d'abord exigé que dans les successions *ab intestat*, ou du moins, il devait être expressément ordonné pour les successions testamentaires.

L'empereur Justinien ordonna qu'il aurait lieu entre les héritiers institués comme entre les héritiers légitimes, et que pour en dispenser, il faudrait une déclaration expresse de la part du testateur. Tel fut, sur ce point, le dernier état de la législation romaine qui était suivie dans les pays de droit écrit.

Dans les pays coutumiers, le rapport était de droit commun ; néanmoins plusieurs coutumes ne l'admettaient qu'avec certaines modifications, d'autres le rejettaient indéfiniment. Nous n'avons pas à nous en occuper ; nous nous bornerons à expliquer les principes renfermés dans le Code civil.

La doctrine sur cette matière se trouve substantiellement dans l'art. 843, qui se développe dans les questions suivantes : par qui est dû le rapport, de quoi est-il dû, quelles sont les conséquences qui en dérivent, à qui est-il dû et comment doit-il être fait ? Nous allons traiter séparément chacune de ces questions dont nous faisons autant de paragraphes.

§ I^er^.

Par qui est dû le rapport ?

La loi Romaine ne soumettait au rapport que les héritiers en ligne directe descendante, et les mêmes principes régissaient en France les pays de droit écrit. Dans les pays coutumiers, au contraire, quelques coutumes exigeaient le rapport sans distinguer les héritiers en ligne

directe de ceux de la ligne collatérale. Nous trouvons entre-autres celle de Bretagne, dont l'art. 593 était ainsi conçu : « Le cohéritier qui prétend part en succession, quelle qu'elle soit, directe ou collatérale, est tenu de rapporter le meuble ou héritage qu'il aurait pris, ou eu pour avancement de droits successifs, pour être employé au partage avec les autres biens de la succession. »

Le Code civil ne distingue pas non plus les héritiers en ligne directe de ceux de la ligne collatérale. L'art. 843 dit, en effet : « Tout héritier même bénéficiaire venant à une succession doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt. » Cet article adopte donc les dispositions de la coutume que nous venons de citer, mais il fait exception pour les dons faits expressément par préciput et hors part ou avec dispense de rapport ; par là, il permet à une personne de cumuler la qualité de donataire et celle d'héritier, et déroge ainsi aux coutumes qui défendaient ce cumul. Celle de Bourbourg disait : *Personne ne peut faire enfant de prédilection ; c'est-à-dire faire avoir à l'un des héritiers plus qu'à l'autre, par donation, testament ou autrement, ce qui est entendu aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne directe.*

Cela posé, nous dirons : Est tenu du rapport tout héritier donataire venant à la succession comme héritier : peu importe qu'il accepte purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, qu'il y vienne de son chef ou par représentation. Il suffit qu'on remonte dans une ligne pour être tenu de rapporter tout ce qui a été donné dans cette ligne ou qu'on a reçu personnellement.

Peu importe encore qu'il fût héritier présomptif à l'époque où la donation a été faite ou qu'il ne le soit devenu que depuis ; c'est en effet ce que décide formellement l'art. 846 dont la disposition est, dit-on, fondée sur ce que le donateur n'aurait peut-être pas fait la libéralité, s'il avait eu la certitude que le donataire profiterait, à un autre titre, d'une partie de ses biens. Il serait peut-être plus juste de dire que l'art. 846, contraire à la volonté du disposant qui, de cela même, qu'il gratifie un non successible, ne peut vouloir le soumettre au rapport, a été copié dans le droit coutumier où les deux qualités de donataire et d'héritier ne pouvaient être cumulées.

Pour être tenu du rapport, il faut qu'on ait été réellement donataire, et il ne suffirait pas qu'on eût profité de la donation d'une manière indirecte : ainsi le père n'est pas tenu de rapporter ce qui a été donné à son fils, le fils ce qui a été donné à son père, pourvu que le fils vienne de son chef à la succession du donateur, l'époux ce qui a été donné à son conjoint, bien que toutes ces personnes puissent être considérées comme interposées. La raison de différence des art. 847, 48, et 49, que nous venons de résumer avec les principes du droit coutumier, est facile à saisir. Si la plûpart des coutumes exigeaient le rapport dans ces divers cas, c'est parce qu'un héritier ne pouvait, comme nous l'avons vu, être avantagé de la quotité disponible. Dans ce système, on devait regarder les avantages dont il s'agit comme un moyen d'éluder les prohibitions de la loi; mais sous le Code civil, qui permet de donner la quotité disponible à un héritier, il n'y a point de fraude à présumer. De cela même, que la loi autorisait le disposant à avantager directement un successible, elle devait lui permettre de le faire indirectement; c'est ainsi que l'art. 849 dit que les dons dont il parle sont réputés faits avec dispense du rapport.

Le don fait à un successible doit être par lui rapporté, lors même qu'il n'en aurait pas profité; ainsi le don d'une somme d'argent dont a été gratifiée une femme mariée sous le régime de la communauté, doit être rapporté par elle, lors même qu'elle *aurait renoncé* à la communauté.

Le rapport n'étant dû que par l'héritier, et les enfants naturels n'étant pas héritiers, il résulte de l'art. 843 qu'ils ne sont pas tenus de rapporter; mais comme ils ne peuvent rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé par les art. 757 et 758, et que ce serait contrevenir à cette prohibition que de leur permettre de retenir ce qu'ils ont reçu du vivant de leurs père et mère, et d'exiger en même temps la portion des biens qui leur est départie par les articles susmentionnés, l'art. 760 dit qu'ils doivent imputer ce qu'ils ont reçu sur ce qu'ils auraient le droit de prétendre dans la succession du donateur : ainsi, si l'enfant naturel n'est pas tenu du rapport en nature, du moins doit-il rapporter fictivement la valeur de l'objet donné.

M. Chabot prétend que la valeur des choses reçues par l'enfant ne doit pas être comprise fictivement dans la masse de la succession pour fixer la part de cet enfant ; nous croyons que c'est là une erreur échappée à la plume de ce grand jurisconsulte. L'art. 757 dit en effet que cet enfant aura une quote part de ce qu'il aurait eu, s'il eût été légitime ; or, d'après l'art. 922, la part de l'enfant légitime se calcule en réunissant aux biens extants, au moins fictivement, la valeur de ceux dont il a été disposé par donation entre-vifs ; il doit donc en être de même pour déterminer ce qui revient à l'enfant naturel.

De l'art. 843, il faut induire que le renonçant ne doit pas le rapport de ce qu'il a reçu puisqu'il ne vient pas à la succession. Néanmoins si la libéralité dont il a été gratifié est excessive, il y aurait lieu à réduction conformément à l'art. 924. De ces deux articles, il semble résulter que le renonçant peut retenir, et la part qu'il aurait eue comme héritier s'il n'eût pas renoncé, et la quotité disponible dont il ne doit rapporter que l'excédant. C'est pour concilier le chapitre des rapports avec celui de la quotité disponible que paraît avoir été dicté l'art. 845, ainsi conçu : *L'héritier qui renonce à la succession peut retenir le don qui lui a été fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible.* Mais telle n'est pas l'interprétation qu'on a toujours donnée à la disposition finale de cet article.

Pendant fort long-temps on a décidé que le renonçant ne pouvait retenir que la quotité disponible, parce que, disait-on, les enfants n'ont droit à une réserve légale, qu'autant qu'ils se portent héritiers ; le renonçant devenant étranger à la succession, n'a donc pas de réserve, lors même qu'il aurait renoncé pour s'en tenir à son don ; il ne peut retenir que ce qui pouvait être donné à un étranger.

Ces raisons ne sont pas fondées, car, si en règle générale, c'est en qualité d'héritier que l'enfant réclame sa réserve, souvent il peut la demander sans se porter héritier et en sa seule qualité d'enfant (913) ; cela résulte de l'art. 921 qui décide que le créancier ne peut profiter de la réduction des donations ; et en effet, si l'enfant ne pouvait réclamer sa réserve sur les objets donnés qu'en se portant héritier, il s'ensuivrait qu'il devrait payer les créanciers de la

succession, lesquels alors contre le vœu de la loi, profiteraient de la *réduction*.

Si l'on prétendait que pour réclamer la réserve, l'enfant est tenu de se porter héritier bénéficaire, on peut répondre d'abord que rien ne l'oblige à prendre cette qualité. D'ailleurs s'il ne pouvait réclamer la réserve sur les biens donnés qu'en acceptant sous bénéfice d'inventaire, comme il est tenu de faire compte aux créanciers de tout ce qu'il reçoit à titre d'héritier, il s'ensuivrait encore que les créanciers profiteraient, contrairement à l'art. 921, de la réduction des donations. Il n'est donc pas vrai de dire que l'enfant n'a droit à une réserve qu'en sa qualité d'héritier.

Le cohéritier qui ne renonce que pour conserver le don qu'il a reçu, ne fait pour ainsi dire qu'une renonciation conditionnelle; il ne s'exclut des biens libres de la succession que parce qu'il détient déjà ceux auxquels il pourrait prétendre. Loin de vouloir renoncer à sa réserve, il cherche au contraire à s'en assurer la possession, en se refusant à la rapporter, comme il devrait le faire en acceptant la succession.

Si ces principes sont justes, il faut déclarer que le renonçant peut retenir sa réserve, et de plus la quotité disponible. Qu'on ne nous oppose donc plus les derniers *mots de l'art. 845*: pour faire tomber l'objection qu'on y puise, il suffirait d'ailleurs de faire observer avec M. Mestadier que la loi ne dit pas que : « Le renonçant » ne peut retenir le don *que* jusqu'à concurrence de la quotité » disponible, mais seulement qu'il peut retenir le don jusqu'à con- » currence de cette quotité : par conséquent le législateur n'a pas voulu » dire autre chose, si non que, si cela était nécessaire, l'enfant » pourrait, outre sa part à la réserve dont la disposition anticipée » fut toujours permise, retenir aussi la portion disponible. »

D'ailleurs, ne peut-on pas dire, avec M. Proudhon, que la donation faite à l'enfant ne renferme pas deux quotités, la réserve et la quotité disponible, qu'elle est une dans son objet, savoir : la quotité disponible, laquelle, par rapport à l'enfant, embrasse tout le patrimoine du père, moins la réserve des autres enfants. Ainsi, en appliquant même à la lettre, la disposition finale de l'article 845, on peut soutenir encore

que le renonçant peut retenir, et la réserve à laquelle il avait droit en qualité d'enfant, et la quotité disponible.

On peut ajouter que lorsqu'une donation est faite en avancement d'hoirie, c'est une preuve que le donateur a voulu payer d'avance, à son enfant, la portion des biens que la loi lui destinait. Il n'y a pas une véritable libéralité, mais bien un paiement anticipé d'une dette légale; et ce n'est qu'autant que les biens donnés dépassent la valeur de cette dette, que l'excédant est censé porter sur la quotité disponible.

Lorsque la donation a été faite, il s'est formé un contrat qui doit lier le donataire aussi bien que le donateur; or, par cela même que celui-ci donne, en avancement d'hoirie ou qu'il ne déclare pas donner par préciput et hors part, il exprime suffisamment qu'il n'entend donner que sur la part successive de cet enfant. Ce dernier est donc averti que le don qu'il reçoit doit être prélevé sur la réserve; il ne peut, de son autorité privée, changer la nature de son titre, violer la loi du contrat et transformer, par une renonciation qu'il lui plaira de faire, le don de la réserve en don de la quotité disponible de laquelle le père n'a entendu nullement disposer. D'après cela, si le donataire renonce, il peut conserver la libéralité qui lui a été faite, à concurrence de sa réserve qu'on a voulu lui payer d'abord, l'excédant devant porter sur la quotité disponible. Peut-il retenir cet excédant dans touts les cas? Il faut faire une distinction; ou le père de famille a disposé de la quotité disponible en faveur d'une autre personne, ou il ne l'a pas fait. Dans cette dernière hypothèse, le renonçant retiendra l'excédant jusqu'à concurrence de la quotité disponible; et cela, par une fiction qui est en harmonie avec le principe de l'irrévocabilité des donations. En faisant cette donation, le père a dû prévoir le cas où l'enfant renoncerait à la succession; or, dès qu'il ne l'a pas, pour ce cas, restreint à sa réserve, en disposant de la quotité disponible en faveur d'une autre personne, il est censé lui avoir permis de retenir le surplus sur cette quotité.

Si plusieurs donataires renonçaient à la succession parce que chacun d'eux aurait reçu plus que sa réserve, il y aurait lieu à réduction dans le cas où la réserve des acceptants se trouverait ébrêchée. On commen-

cerait par réduire les dernières libéralités et on remonterait successivement jusqu'aux plus anciennes si cela était nécessaire.

Si le père a disposé de la quotité disponible en faveur d'un autre enfant ou d'un étranger, le renonçant peut-il rien retenir au-delà de sa réserve? Touts les principes résistent à admettre l'affirmative. Cette retenue serait inconciliable avec la faculté accordée à tout père de famille de disposer d'une partie de ses biens. S'il en était ainsi, ce serait aller contre l'intention du donateur qui, en faisant le don en avancement d'hoirie, c'est-à-dire à charge de rapport, n'a entendu nullement anéantir la donation par préciput qu'il peut avoir faite, ni se priver de la faculté de disposer de la quotité disponible s'il n'en a disposé antérieurement. Si une telle interprétation était admise, il pourrait arriver que tous les enfants dotés, qui ont reçu un excédant sur leur réserve, se concerteraient pour renoncer, à fin de priver ainsi de la quotité disponible la personne que le père a voulu avantager.

Une telle doctrine détruirait tout le système de la loi, annihilerait la puissance paternelle, si utile dans l'intérêt des mœurs, et aurait pour résultat de tarir la source des dons en avancement d'hoirie par la crainte que pourrait concevoir le père, en faisant une semblable libéralité, de perdre par la suite le droit de disposer d'aucune partie de ses biens et de récompenser ainsi l'enfant qui est le plus digne de son affection.

Si, donc, l'on ne veut rendre purement illusoire la faculté de disposer consacrée par l'art. 913 et 915, si l'on veut laisser quelque force à la puissance paternelle, il faut décider qu'avant comme après le don en avancement d'hoirie, le père est toujours le maître de disposer de la quotité disponible, en faveur de qui il voudra. Dans ce cas, le renonçant ne peut retenir que la réserve et doit rapporter à la succession l'excédant, attendu qu'il ne l'avait qu'en vertu de la présomption que le père voulait l'en gratifier, présomption qui se trouve détruite par la manifestation contraire de la volonté du père.

Le rapport ayant pour but de rétablir l'égalité entre les héritiers, ne se fait qu'à la succession du donateur. Point de difficulté s'il n'y a qu'un donateur unique; mais il peut s'en élever, si la libéralité

émane de plusieurs personnes. Si le père et la mère ont doté conjointement leur enfant commun, celui-ci doit rapporter à la succession de chacun d'eux ce qu'il en a reçu. Tout se réduit donc à déterminer cette part. Pour y parvenir, il faut entrer dans quelques distinctions prévues par les art. 1438 et 39, 1544 et 45, au titre du contrat de mariage.

Si en dotant leur enfant, les père et mère ont exprimé la portion pour laquelle chacun entendait contribuer à la dot, il ne peut y avoir de difficulté. Si cette part n'a pas été déterminée, comme ils étaient tenus chacun pour la moitié de la dot, sous quelque régime qu'ils fussent mariés (1438-1544), le donataire devra en rapporter la moitié à chaque succession, alors même qu'un des époux aurait payé toute la dot.

Si la constitution de la dot a été faite par le père seul, comme elle n'engage pas la mère, lors même qu'il a déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels, et que son épouse a été présente au contrat, le rapport devra se faire à la succession du père. Néanmoins, si les époux étaient communs en biens, comme la mère était, en cas d'acceptation de la communauté, obligée de payer la moitié de la dot, c'est à sa succession que cette moitié doit être rapportée, à moins que son conjoint n'eût expressément déclaré qu'il se chargeait de toute la dot. Réciproquement, si la dot a été promise par la femme seule, même avec l'autorisation du mari, comme une telle constitution n'engage pas ce dernier, à moins qu'il n'y ait entre eux communauté de biens, la dot devra être en entier rapportée à la succession de la femme.

Lorsque le survivant des époux a constitué une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prenant d'abord sur les droits des futurs époux dans les biens du conjoint prédécédé et le surplus seulement sur les biens du constituant, ce n'est que cet excédant qui doit être rapporté à la succession de ce dernier.

§ II. — *Quelles sont les libéralités assujetties au rapport?*

Tout ce qui a été donné directement ou indirectement entre-vifs ou à cause de mort à l'un des héritiers, est soumis au rapport, à moins

qu'une dispense expresse ne soit consignée dans le titre de la libéralité (843).

Il ne faut pas conclure néanmoins que les derniers mots de l'art. 843 soient sacramentels, ni que la dispense de rapport doive être formellement exprimée; il suffit que l'intention de dispenser du rapport soit manifeste; elle peut s'induire des termes de l'acte et des circonstances laissées à l'appréciation des tribunaux. Ainsi, on a décidé que le legs fait par le donateur à ses petits enfants pour le réunir à la part qu'ils étaient appelés à recueillir, était fait par préciput. De même, si après avoir fait un legs particulier, le testateur institue le légataire avec les héritiers pour égale part, point de doute que le legs ne soit encore par préciput. Il suffit, dans touts les cas, que l'intention du disposant ne soit pas équivoque.

Pour ce qui concerne les libéralités directes, il ne peut se présenter aucune difficulté, à moins qu'on ne prétende que la disposition qui paraît renfermer un don, n'est, au fond, qu'une disposition à titre intéressé; ainsi, si on a donné un objet moyennant une rente viagère, et que les annuités payées en dépassent la valeur, point de rapport. Il en serait de même d'une libéralité rénumératoire, alors que le donataire avait action pour agir contre le donateur. Dans touts ces cas, et autres semblables, il suffit donc de bien déterminer le véritable caractère de la disposition, et il n'y aura lieu à rapport, que tout autant qu'il y aura eu libéralité. D'après cela, celui à qui a été fait un don sous certaines charges, ne devra rapporter l'objet ou la somme dont il a été gratifié, que déduction faite des charges qui lui ont été imposées.

Parlons des libéralités indirectes : Tout se réduit ici à bien préciser le véritable sens du mot *indirectement* de l'art. 843. En général on dit qu'il y a donation indirecte, lorsque le donateur emploie une voie détournée pour faire parvenir ce qu'il désire donner à la personne qu'il veut avantager. Plusieurs moyens lui sont ouverts pour atteindre ce résultat; tantôt il emploie l'interposition de personnes, tantôt il déguise la libéralité sous la forme d'un contrat à titre intéressé, quelquefois il fait un don manuel ou la remise d'une dette, ou bien encore, il renonce à un avantage commun pour en faire profiter son successible.

Est-ce de ces sortes de libéralités que s'occupe l'art. 843? C'est ce que nous allons examiner en les passant successivement en revue.

Les art. 847, 48 et 49, s'occupent du cas où la donation est faite à des personnes qui tiennent de près à l'héritier. Ce sont : le père, le fils ou le conjoint, personnes, d'après la deuxième partie de l'art. 911, réputées interposées. Néanmoins, loin de déclarer la donation nulle, comme le fait l'art. 911 lorsqu'il s'agit de gratifier un incapable, le législateur ici dispense le successible avantagé indirectement de rapporter. Que conclure de là, si ce n'est que la loi présume l'interposition, comme cela résulte des articles sus-mentionnés, et n'exige pourtant pas le rapport.

Voici la raison des art. 847, 48 et 49 : Une libéralité doit être dispensée du rapport, non-seulement lorsque le donateur l'en a dispensée d'une manière expresse, mais encore lorsqu'il a cherché à la faire par une voie détournée.

Mais, dit-on, les art. 847, 48 et 49, ne font que consacrer des exceptions au principe formel exprimé par l'art. 843. On invoque l'argument : *Qui de uno dicit, de altero negat.*

Je répondrai avec un auteur recommandable, « que cette prétendue » maxime n'est pas toujours exacte et concluante en matière d'interpré» tation de loi ; que si les termes d'une disposition législative ne la res» treignent pas formellement au cas qu'elle a prévu, si pour ce cas ils ne » prononcent pas une exception expresse, on peut, et l'on doit même » appliquer la disposition à d'autres cas de même nature, lorsque les » mêmes motifs s'y appliquent évidemment. »

Loin d'envisager les articles énoncés comme des exceptions, je les regarde comme une règle générale applicable à touts les cas d'interposition, parce qu'il y a même raison de décider, c'est-à-dire, nécessité peut-être pour le disposant de recourir à cette voie détournée, afin de maintenir, sa vie durant, entre touts les membres de sa famille, la paix et l'union qui eussent peut-être disparu dès le jour où il eût voulu gratifier ouvertement l'un d'eux.

Si donc, le donateur a employé une tierce personne pour gratifier l'un de ses héritiers, celui-ci pourra dire : Par cela même que l'auteur de la succession a pris cette tournure, il a voulu me dispenser

du rapport, et j'ai le droit d'imputer l'objet donné sur la quotité disponible.

Occupons-nous des donations déguisées sous la forme d'un contrat, à titre intéressé. Deux opinions se sont formées sur cette question; ceux qui soutiennent qu'il y a lieu de rapporter se fondent sur l'art. 843; ils disent que cet article, loin de distinguer entre les diverses espèces de donations, comprend, dans sa disposition, celles qui ont été faites directement aussi bien que les autres, que la loi ne dispense du rapport que lorsque le disposant l'a déclaré expressément. Ils ajoutent que l'art. 919 ouvre au donateur le moyen d'assurer toute sa force à la donation déguisée, en l'autorisant à en disposer par préciput et hors part dans un acte séparé; que s'il ne l'a point fait, c'est qu'il n'a pas voulu le faire et il ne saurait être permis aux juges d'en décider autrement.

Cette opinion est d'abord contraire à l'esprit des art. 847, 48 et 49 et aux conséquences qui s'en déduisent; car si, comme nous croyons l'avoir prouvé, la simple interposition des personnes suffit pour dispenser du rapport, pourquoi la donation, voilée sous la forme d'un contrat de société, de vente ou d'échange, pourrait-elle être rapportable? pourquoi la déguiser si ce n'est pour la soustraire au rapport? pourrait-on concevoir que le disposant, qui a eu recours à une voie propre à faire croire qu'il ne faisait pas une libéralité, n'a pas indiqué, par cela même, qu'il l'affranchissait du rapport? D'ailleurs, de l'aveu de tout le monde, la dispense du rapport ne doit pas toujours être expresse.

La solution que nous donnons à cette question se justifie encore par le rapprochement des art. 853 et 854 auxquels l'art 918 vient ajouter une nouvelle force.

L'art. 853 dispense du rapport les profits résultants des conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites. L'article suivant en dispense également ceux provenant des associations faites sans fraude entre le défunt et l'un des héritiers; ainsi, d'après ces articles, c'est l'*avantage indirect frauduleux* qui seul est soumis au rapport. L'on entend par ces mots, *avantage indirect frauduleux*, l'atteinte portée aux réserves,

c'est-à-dire la donation qui excède la quotité disponible, laquelle sera seulement rapportable, quant à cet excédant.

Tel est, si je ne me trompe, le véritable sens des art. 853 et 854. S'il fallait en décider autrement, on devrait dire que toute libéralité déguisée est frauduleuse; c'est ce que n'a pas voulu le législateur, ce que ne peut vouloir la jurisprudence; car ce qu'il est permis de faire ouvertement, on doit pouvoir le faire par acte simulé, pourvu qu'on ne favorise pas des incapables et qu'on ne touche pas aux réserves.

L'opinion contraire vient se briser contre le texte formel de l'art. 918. Cet article suppose celui des contrats que l'on emploie le plus fréquemment pour cacher ces sortes d'actes, c'est-à-dire une vente qui déguise une libéralité; il la dispense pourtant du rapport jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Disons un mot sur les autres manières d'avantager indirectement. Un père appelé à recueillir une succession avec un de ses enfants y renonce pour avantager ce dernier; celui-ci, à la mort de son ascendant, devra-t-il rapporter le don indirect? Je ne le pense pas, par la raison toute simple que le père n'était pas tenu d'accepter : on pourrait aller jusqu'à dire qu'il n'a rien donné, puisqu'il n'a jamais été propriétaire des biens de la succession. Le fils ne tient pas la part qui lui accroît, du renonçant, mais bien de la loi ou de la volonté du testateur.

Quant au don manuel, puisque le donateur a cherché à le cacher à ses successibles, qu'il n'a pas voulu laisser des traces d'une pareille libéralité, il s'ensuit qu'il a voulu le dispenser du rapport.

La remise de la dette peut présenter quelques difficultés; néanmoins, nous croyons qu'on peut l'assimiler au don manuel, et, par suite, déclarer qu'elle est dispensée du rapport.

D'après tout ce qui précède, on voit que le mot *indirectement* de l'art. 843 n'embrasse point les donations déguisées, mais seulement les libéralités patentes, telles que le paiement des dettes du fils et les autres dépenses qu'il peut avoir faites.

L'économie de la loi nous conduit à cette conclusion : pourvu que la quotité disponible ne soit pas excédée, on ne doit pas rapporter les

donations indirectes ou déguisées lorsqu'elles ne sont pas faites à un incapable.

Il faut dire, toutefois, que les questions dont nous venous de parler présentent des difficultés sérieuses et sont très controversées en doctrine et en jurisprudence.

Actuellement, revenons sur les textes et expliquons quelques difficultés de détail. D'après l'art. 854, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un des héritiers, si les conditions en sont réglées par un acte authentique. Lorsque le père fait le commerce, il est naturel qu'il s'associe ses enfants à mesure qu'ils peuvent être utiles à son négoce; mais comme il pourrait facilement frauder les réserves en faisant remonter l'acte de société à une époque antérieure pour faire profiter son descendant de certains profits déjà réalisés, la loi a voulu, pour lever toute incertitude, que l'acte de société fût authentique; il semble pourtant qu'un acte ayant date certaine serait suffisant; néanmoins, la cour de cassation en a décidé autrement par arrêt du 26 janvier 1842, mais nous croyons que c'est là donner à la loi une interprétation judaïque.

Il y a dispense de rapport dans une espèce particulière, lorsque l'immeuble donné a péri par cas fortuit, parce qu'il aurait également péri entre les mains du donateur et que, d'ailleurs, le rapport ne serait dû que de la valeur de l'immeuble au moment de la succession. Quelques auteurs prétendent que la loi ne dispense, dans cette hypothèse, que du rapport en nature et non du rapport en moins prenant; c'est là une erreur grave qui n'a pas besoin de réfutation.

Les frais de nourriture, d'éducation, d'apprentissage, d'équipement, ceux de noce et les présents d'usage sont dispensés du rapport (852). Dans touts ces cas, le père a acquitté, envers son enfant, une obligation naturelle qu'il avait contractée par le seul fait du mariage (203); il n'y a donc pas, à vrai dire, de libéralité, partant point de rapport. La donation n'existerait que dans le cas où l'enfant aurait des revenus suffisants pour subvenir à toutes ces dépenses ou qu'elles seraient faites dans l'intérêt d'un collatéral; mais comme l'article 852 ne distingue pas, nous sommes portés à croire que, même dans ces hypothèses, le rapport n'en serait pas dû.

Dans les frais d'éducation sont compris les livres nécessaires pour faire les études, qui, à ce titre sont dispensés du rapport, alors même qu'ils existeraient en nature à la mort du donateur ; il en serait autrement, s'il s'agissait d'un grand corps de bibliothèque.

Le rapport n'est pas dû des dépenses faites pour obtenir des grades dans une faculté, puisque ces grades ne constituent pas un établissement et ne sont qu'un complément d'éducation. Faut-il rapporter les frais faits pour passer docteur? C'était une question controversée dans l'ancienne jurisprudence. Sans vouloir invoquer la raison de Buridan qui, pour les affranchir du rapport, disait : *Que l'honneur d'être docteur n'en parvient pas seulement à celui qui en est qualifié, mais à toute la famille, et que partant les frais pour y parvenir, se devraient porter sur le général et par touts les cohéritiers*, nous ferons remarquer que le doctorat ne constitue pas un établissement, et qu'on ne doit le considérer que comme faisant partie de l'éducation. On peut ajouter, que très-souvent, le docteur n'est guère plus avancé que le licencié : ils n'ont, l'un et l'autre, dans la plupart des cas, qu'un *titulus sine re*.

Si le testateur a déclaré que les frais d'éducation étaient rapportables, une telle clause est nulle lorsqu'elle est apposée à un enfant ou descendant; mais elle produirait ses effets s'il s'agissait d'un collatéral. La raison de différence est facile à saisir.

Les frais de noce sont dispensés du rapport, parce qu'ils ne profitent pas à l'enfant; ils n'ont d'autre objet, disent les auteurs, que de manifester la joie de deux familles qui deviennent alliées. Les présents d'usage en sont également affranchis, à moins qu'ils ne soient excessifs, eu égard à la fortune du père, ou qu'il n'en ait été fait mention dans le contrat de mariage.

Si les frais d'entretien et d'éducation ne sont pas rapportables, il n'en est pas de même des frais d'établissement de l'un des enfants, et de ce qui a été employé pour payer ses dettes; car le père, n'étant pas obligé de faire ces dépenses, est présumé n'avoir fait à son fils qu'une avance sur ce qui doit lui revenir un jour. Il faut pourtant distinguer les frais d'établissement du paiement des dettes : les premiers sont de véritables dons en avancement d'hoirie, que le donataire peut retenir en renonçant à la succession. Quant à ceux qui ont servi à payer les

dettes, la seule renonciation ne saurait en affranchir l'enfant; il en serait tenu, bien que le père n'eût pas gardé les titres des créanciers, si d'ailleurs, on peut en constater le montant, à moins qu'il s'agît de sommes modiques, eu égard à la richesse du père.

Pour ce qui concerne les dettes contractées par un enfant, pendant sa minorité, il en est qui ne sont qu'une suite de l'obligation imposée au père de nourrir ses enfants, et qui évidemment ne sont pas rapportables; telles seraient celles qui, étant nécessaires pour sa subsistance, seraient faites par un étudiant chez un restaurateur de la ville où il suit les cours de droit. Quant aux autres, elles ne sont soumises au rapport que dans le cas où les créanciers avaient une action contre le mineur.

Quid des frais de remplacement militaire? S'il s'agissait d'un majeur qui eût concouru au traité de remplacement ou qui l'eût approuvé d'une manière expresse ou tacite, nul doute qu'il ne fût tenu du rapport; mais un tel traité intervient ordinairement pendant la minorité du fils; dans cette hypothèse, si, comme le fait observer un auteur, la somme avait été donnée au remplaçant proposé pour courir la chance du sort, et qu'il eût été favorable au mineur, le rapport de cette somme, demeurée sans emploi utile, ne peut être exigé; il en serait de même si le père avait intérêt à faire remplacer son fils qui lui est utile pour son état ou pour son commerce. Hors ces cas et autres semblables, la qualité de mineur n'est pas un obstacle au rapport.

§ III. — *Conséquences qui dérivent de l'obligation du rapport.*

L'obligation du rapport, comme l'adition d'hérédité, remonte à l'ouverture de la succession.

Les effets de cette obligation sont relatifs à la chose principale qui doit être rapportée et aux accessoires. Quant au principal, le rapport a l'effet d'une condition résolutoire qui remet les choses dans le même état où elles seraient si, l'acte résolu, la donation n'avait pas eu lieu; alors l'immeuble se trouverait dans la succession, et cela, tel qu'il est entre les mains du donataire, sauf les améliorations et détériorations provenant de ce dernier ou de ses ayant-cause; par conséquent, il devra le rapporter tel qu'il est à cette époque, sauf à se faire tenir comp-

te des dépenses faites pour les améliorations ou à indemniser ses cohéritiers des pertes qu'il a occasionées. D'après cela, les augmentations ou améliorations naturelles ne profitent pas au donataire ; d'un autre côté, il n'est nullement tenu des pertes provenant d'un cas fortuit. Si l'immeuble avait péri en entier sans la faute du donataire, il ne devrait rien rapporter ; mais s'il a, par son fait occasioné cette perte, il devra la valeur qu'aurait eue l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession, d'après une estimation faite par experts.

Les améliorations qui sont le produit des soins, de l'industrie ou des sacrifices de l'enfant avantagé ne peuvent être séparés du fond et profitent à la succession ; mais le donataire en est indemnisé relativement à leur utilité. Si les impenses ont été *nécessaires*, elles lui sont allouées en entier, encore qu'elles n'aient pas amélioré le fond. Si elles ont été simplement utiles ou de pur agrément, l'indemnité sera égale à la plus-value de l'héritage au moment de l'ouverture de la succession. Ainsi, quant à l'impense nécessaire, on n'a qu'à considérer le moment où elle est faite : peu importe que l'immeuble se trouve ou non augmenté ; car le donateur l'eût faite lui-même. Pour les autres dépenses, on n'a égard qu'à ce dont profitent les héritiers, c'est-à-dire la plus-value, existant lors du décès de l'auteur commun. En ce dernier cas le donataire conserve la faculté d'enlever les objets qu'il a placés, lorsqu'il peut le faire sans détérioration.

Il doit, de son côté, tenir compte des dégradations et détériorations provenant de son fait ou de sa négligence, proportionnellement à ce dont l'immeuble se trouve diminué à l'époque où le rapport doit avoir lieu. La loi permet à l'héritier qui rapporte un immeuble en nature d'en retenir la possession jusqu'à ce que ses cohéritiers lui aient remboursé ce qui lui est dû pour les impenses ou améliorations. Mais ce n'est qu'une faculté à laquelle il peut renoncer en forçant ses co-successibles à lui faire droit du montant des impenses ou améliorations.

Si l'immeuble a été aliéné par le donataire, les améliorations ou dégradations faites par l'acquéreur sont imputées conformément à ce qui précède, c'est-à-dire, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu.

Le rapport a pour effet de faire rentrer dans la succession les immeubles francs et quittes de toutes charges créées par le donataire,

sauf aux créanciers hypothécaires à intervenir pour empêcher que le rapport ne soit fait en fraude de leurs droits, c'est-à-dire, que l'héritier ne rapporte en nature alors qu'il pourrait s'en dispenser, comme nous le verrons plus tard, et uniquement pour anéantir leurs droits d'hypothèque.

Si par l'effet du partage ou de la licitation, l'immeuble retombe dans le lot du donataire, les hypothèques revivent-elles? L'affirmative semble devoir être admise, car ce n'est qu'en faveur des cohéritiers du donataire qu'a été fait l'art. 865. D'ailleurs on peut dire qu'il n'a pas cessé, un seul instant depuis la donation, d'être propriétaire de l'immeuble qu'il a possédé, comme *donataire*, jusqu'au moment du rapport, et depuis, comme *héritier*. On ne peut supposer que le législateur ait voulu l'affranchir, dans son seul intérêt, des charges qu'il a consenties sur un immeuble dont il reste, en définitive, propriétaire. Ces hypothèques seront donc maintenues au rang qu'elles occupaient, sauf à être primées par le privilége accordé par l'art. 2103 - n° 3 aux copartageants, si l'intérêt de ceux-ci l'exige.

L'effet de la résolution n'est jamais aussi rigoureux à l'égard des aliénations consenties par le donataire. Il résulte des articles 859, 860, comme nous le verrons plus tard, qu'elles sont maintenues et que dans ce cas, l'héritier donataire ne doit plus que la valeur selon l'état des biens au moment de l'ouverture de la succession. Ce tempérament était prescrit par l'équité.

Les fruits et intérêts des choses soumises au rapport, ne sont dus qu'à compter de l'ouverture de la succession, parce que ce n'est que de ce moment que prend naissance l'obligation de rapporter l'immeuble qui les a produits; d'ailleurs si le donataire devait rapporter les fruits perçus du vivant du donateur, la donation lui eût été plutôt nuisible qu'utile. Pareillement si des fruits ou des prestations annuelles sont l'objet unique de la libéralité, ils ne sont pas rapportables.

Il peut se faire que ces fruits ou prestations, échus du vivant du donateur, n'aient pas été acquittés exactement toutes les années. Le donataire a, en principe, le droit de les exiger, qu'ils soient dus par le donateur lui-même ou par des tiers; car l'art. 856 est conçu dans des termes qui n'admettent aucune distinction. Néanmoins, les juges pour-

raient ne pas accorder à l'enfant tous les arrérages, s'ils étaient évidemment excessifs eu égard à la fortune du père.

Si un droit d'usufruit ou de rente avait été donné, le successible ne rapporterait que le droit en lui-même et nullement les fruits échus.

Il faut, au surplus, suivre les règles établies au titre de l'usufruit, quant à la répartition des fruits à faire entre le donataire et la succession.

Il arrive souvent dans les campagnes que durant la vie du père, l'aîné des enfans prend l'administration de son patrimoine, paie en son propre nom les dons dont on veut gratifier ses frères, mais avec les économies qu'il a faites sur la substance paternelle : doit-il rapporter ce qu'il a perçu du vivant du père qui l'a laissé jouir par tolérance ? Si les jouissances sont telles qu'elles dussent se réaliser en capitaux pour l'avenir des enfans, point de doute que le rapport n'en soit dû, car il y avait, pour le père, obligation naturelle de capitaliser ses revenus, du moins en partie ; obligation que la loi civile a dû sanctionner. La justice estimera donc les fruits que l'enfant a dû cumuler et l'obligera à en faire le rapport.

§ IV. — *A qui est dû le rapport ?*

Le rapport n'étant exigé que pour rétablir l'égalité entre les héritiers, il ne peut être dû qu'aux héritiers du donateur et nullement aux légataires ni aux créanciers de la succession. Les héritiers qui doivent le rapport et ceux à qui il est dû, sont des héritiers *ab intestat*; les héritiers testamentaires, fussent-ils institués par égales portions, ne peuvent exiger le rapport de ce que l'un d'eux aurait reçu antérieurement à titre gratuit.

La disposition de l'art. 857 qui défend aux créanciers d'exiger le rapport, ne leur infère aucun grief, car si leurs titres sont postérieurs à la donation, ils ne devaient pas compter sur des biens qui n'appartenaient plus à celui avec qui ils traitaient; si leurs titres étaient antérieurs, ils ont eu tort de ne pas s'être assurés des garanties avant la transcription de la donation.

Les créanciers personnels d'un héritier pourraient demander le rapport au nom de leur débiteur qui négligerait de le faire lui-même, si

cette négligence compromettait leurs droits (788 et 1166). Il suit de là, que si la succession avait été acceptée purement et simplement par quelques héritiers, comme dans ce cas, ils deviennent les débiteurs personnels des créanciers de la succession, ceux-ci pourraient profiter du rapport et, au besoin, l'exiger, en exerçant les droits de leurs débiteurs.

L'enfant naturel peut-il exiger le rapport? Bien qu'il ne soit pas héritier, il faut décider qu'il peut demander le rapport si cela est nécessaire pour parfaire sa portion, laquelle, est une quote part de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime.

Une des questions les plus importantes en cette matière, est celle qui consiste à savoir si les dons en avancement d'hoirie doivent être réunis fictivement à la masse des biens extants pour calculer la quotité disponible. Jamais question n'a donné lieu à des discussions plus approfondies et à des solutions plus opposées.

Plusieurs cours royales décidaient que le rapport fictif devait avoir lieu et que la réserve devait être calculée sur ces biens réunis au patrimoine du défunt. La cour de cassation, au contraire, voulait que le rapport fictif n'eût jamais lieu et, d'après sa jurisprudence, la quotité disponible ne devait se calculer que sur les biens extants. Elle se fondait sur l'application des art. 857 et 894. La donation, disait-on, quoique faite en avancement d'hoirie, *dépouille irrévocablement* le donateur, les biens donnés ne font plus partie de sa succession, d'où il suit, qu'ils ne peuvent compter pour calculer la quotité disponible, car pour cela, il faudrait qu'ils rentrassent dans la succession, ce qui ne pourrait avoir lieu que par la voie du rapport, lequel n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier et nullement au légataire. (Art. 857).

Cette décision, si elle était fondée, aurait pour effet de restreindre d'une manière sensible la faculté accordée au père de disposer d'une partie de ses biens, et porterait une grave atteinte à son autorité; en effet, si un père de famille ayant trois enfants, leur avait donné, en avancement d'hoirie, les trois quarts de ses biens, il ne serait plus maître de disposer du quart restant, mais seulement du quart de ce quart; c'est-à-dire du seizième de la succession, les trois autres sei-

zièmes devant revenir aux trois enfants. Il s'ensuivrait de là, comme l'a fait observer une cour royale, que les enfants auraient par ce moyen pris d'abord une réserve sur la généralité des biens, puis une seconde sur le quart, composant, en définitive, la succession de leur auteur; cela est contraire au texte formel de l'art. 913, à la volonté de celui qui donne en avancement d'hoirie; car, en établissant les enfants, il n'a nullement voulu, nous l'avons déjà dit, restreindre la quotité de biens dont la loi lui permet de disposer. Une telle jurisprudence devait naturellement détourner de faire des dons en avancement d'hoirie, qui sont pourtant si utiles pour l'établissement des enfants.

Nous croyons qu'une telle doctrine n'est pas fondée, que l'opinion contraire, adoptée plus tard par la Cour de cassation, s'évince de l'ensemble des textes relatifs à la matière.

Il résulte des art. 913 et 915 que les biens du père de famille sont divisés en deux parts bien distinctes : l'une disponible, l'autre réservée aux héritiers. Ces deux quotités sont fixées par le nombre d'enfants existant au moment du décès. Enfin, elles sont corrélatives et forment ensemble la masse de biens composant la succession. — Cela posé, il semble que l'art. 922, qui n'est que le complément des art. 913 et 915, tranche la difficulté; il est ainsi conçu : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens extante à la mort du testateur ou donateur. On y réunit fictivement ceux dont il a disposé par donation entre-vifs; on calcule sur touts ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. »

On objecte que cet article ne parle que de la réduction dans l'intérêt de l'héritier à réserve et nullement de la portion disponible en faveur du légataire qui en est gratifié. On peut répondre : Le calcul indiqué par cet article a pour effet de déterminer la quotité disponible, laquelle est toujours la même, soit qu'on la donne à un successible ou à un étranger; car la réserve et la quotité disponible étant deux parts corrélatives d'un même tout, déterminer l'une c'est nécessairement déterminer l'autre; or, l'art. 922 étant celui qui, seul, sert à fixer la réserve, doit évidemment fixer aussi la quotité disponible.

L'objection contre cette doctrine, tirée de l'art. 857 et 921, et qui

consiste à dire que les donataires et légataires ne peuvent demander le rapport ou la réduction des biens donnés aux héritiers, ni en profiter, n'est nullement concluante. Raisonner ainsi, c'est confondre deux opérations tout-à-fait distinctes, savoir : le rapport et la réunion fictive ; celle-ci n'infère aucun grief au donataire, celui-là fait éprouver un retranchement à la donation. Il y a, entre ces deux opérations, la même différence qu'entre la *liquidation* et le *paiement* d'une dette. L'art. 922 nous apprend à fixer le montant de la quotité disponible ; les art. 857 et 921 semblent dire que les biens donnés en avancement d'hoirie ne pourront être exigés pour payer cette quotité. L'art. 857, qui parle d'un retranchement réel, n'est donc nullement en opposition avec l'art. 922, qui ne s'occupe que d'une réunion fictive ; cette réunion ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité des donations, puisqu'elle n'enlève rien au donataire.

La quotité disponible, ainsi liquidée, sur quels biens doit-elle être prise ? Il semble que ce ne peut être que sur les biens exants ; car l'article 857 déclare que le rapport n'est dû ni au légataire ni au donataire ; il en résulte qu'ils ne peuvent prendre leurs dons ou legs sur les biens donnés en avancement d'hoirie, et qu'ils doivent par conséquent se restreindre aux biens extants au moment de l'ouverture de la succession, sauf aux héritiers réservataires à agir par la voie du rapport ou celle de la réduction contre les donataires en avancement d'hoirie, pour parfaire leur réserve si cela est nécessaire. — Posons des espèces :

Un père ayant trois enfants et quatre cent mille francs, leur a donné à chacun cent mille francs en avancement d'hoirie ; à sa mort il lègue la quotité disponible à un étranger qui prendra les cent mille francs restants : point de difficulté dans ce cas. Supposons ensuite que le père laisse un quatrième enfant qui n'a rien reçu : *quid juris*, dans cette hypothèse ? Le donataire prendra toujours la quotité disponible, sauf à l'enfant à agir contre les donataires en avancement d'hoirie ; car l'étranger, gratifié, du disponible que l'enfant voudrait actionner, pourra lui tenir ce langage : Malgré les dons en avancement d'hoirie, votre père a toujours eu la faculté de disposer du quart de ses biens ; or, les biens extants ne valent que ce quart ; ils ne comprennent donc

pas votre réserve, laquelle doit se trouver ailleurs, c'est-à-dire entre les mains des donataires en avancement d'hoirie, contre qui seulement vous pouvez agir, soit par la voie du rapport, s'ils se portent héritiers, soit par celle de la réduction s'ils ont renoncé.

Il peut se faire que le père de famille ait disposé, par des dons en avancement d'hoirie, de trois cent cinquante mille francs, ou d'une somme plus forte, de telle sorte que les biens extants ne se composeront que de cinquante mille francs ou d'une somme moindre que le donataire du disponible pourra prendre pour sa part; mais devra-t-il se contenter de cette somme, ou bien pourra-t-il agir contre les enfants et exiger ce qui lui manque pour parfaire ce préciput?

Il faut dire d'abord que cette question est plutôt théorique que pratique, car rarement le père de famille se sera, de son vivant, dépouillé de la plus grande partie de ses biens: il en gardera toujours assez pour acquitter le préciput; mais si le contraire arrivait, que faudrait-il décider?

Si l'on ne consultait que les art. 857 et 921, point de doute que le donataire du préciput ne dût se borner à prendre les biens extants, sans pouvoir jamais agir contre les donataires par la voie du rapport ou de la réduction. Si nous nous rapportons, au contraire, à l'interprétation que nous avons crû devoir donner à l'art. 845, sous lequel nous avons soutenu que *le renonçant ne peut avoir que sa réserve si le père a disposé de la quotité disponible en faveur d'une autre personne*, la doctrine contraire en résulte évidemment. Dans ce conflit de principes opposés, en présence, d'une part, des art. 921 et 857, qui défendent au donataire de profiter du rapport ou de la réduction; et de l'autre, des art. 913 et 915, qui autorisent toujours le père de famille à disposer de la quotité disponible en faveur de qui il lui plaît, la question proposée présente des difficultés invincibles. Néanmoins, les raisons morales que nous avons invoquées en expliquant l'art. 845 et la nécessité de laisser à la puissance paternelle toute sa force, dans l'intérêt des enfants eux-mêmes, nous portent à décider que le donataire de la quotité disponible, s'il ne trouve pas dans les biens extants de quoi parfaire son préciput, pourra agir contre les héritiers avantagés en avancement d'hoirie. Nous croyons devoir ainsi nous écarter des principes

admis dans la jurisprudence, où l'on ne trouve, en général, sur ce point, qu'incertitude et contradiction.

Il nous semble que l'interprétation que nous donnons aux art. 845 et 857 qui, nous ne nous le dissimulons pas, introduit un véritable rapport en faveur du donataire, résulte de la raison de la loi, de la généralité des textes relatifs à la matière qu'il faut toujours combiner entre eux pour saisir le véritable esprit du législateur, d'après la fameuse règle d'interprétation posée par les jurisconsultes Romains : *Totâ lege perspectâ responde.*

§ V. — *Comment se fait le rapport?*

Le rapport peut se faire de deux manières : *En nature* ou *en moins prenant.* Il se fait *en nature* lorsque l'objet est remis par le donataire à la masse de la succession. Il a lieu *en moins prenant* lorsque l'héritier impute sur sa part la valeur de l'objet donné, qu'il ne rapporte pas en nature.

Le premier mode de rapport s'applique, en général, aux immeubles; le deuxième, aux meubles, et quelquefois, aux immeubles, par exception.

Les immeubles sont, en général, préférés; il faut donc que chaque héritier ait sa part en nature. Il en est autrement des meubles qui offrent une moindre importance. On ne pouvait exiger le rapport de ceux-ci en nature, sans donner naissance à une foule de difficultés, soit pour déterminer leur identité, soit pour apprécier convenablement leur détérioration, plus ou moins grande.

L'art. 859 pose le principe que le rapport des immeubles doit être fait en nature; en même temps, il consacre deux exceptions. Une troisième est prévue par l'art. 866. Nous allons les passer successivement en revue.

Le rapport en moins prenant a lieu pour les immeubles : 1° Lorsqu'ils ont été aliénés par le donataire avant l'ouverture de la succession (860). Le donataire n'étant propriétaire que sous une condition résolutoire; on eût dû regarder l'aliénation comme non avenue, d'après le principe ; *Resoluto jure cedentis, resolvitur jus cessum;* mais les

droits ne devant pas s'exercer, à la rigueur, entre les héritiers : *Inter personas conjunctas, res non sunt amarè tractrandæ*, la faveur dûe aux acquéreurs de bonne foi, et l'inconvénient des actions en recours de leur part, devaient l'emporter sur l'intérêt commun des héritiers. Les aliénations sont alors maintenues, et le donataire n'est obligé qu'au rapport de la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession, sans avoir aucun égard au prix qu'il en avait retiré. Peu importe que le donataire eût aliéné l'immeuble volontairement, et qu'il en eût été dépouillé sur la poursuite de ses créanciers. Si, néanmoins, il avait été exproprié pour cause d'utilité publique, il lui suffirait de rapporter la somme qu'il a reçue pour prix de l'expropriation, il serait injuste d'exiger au-delà, puisqu'il ne dépendait pas de lui d'éviter l'aliénation ni d'en retirer un prix plus élevé ;

2° Lorsqu'il existe dans la succession des immeubles à peu près de même nature, valeur et bonté dont on puisse former des prélèvements égaux pour les autres héritiers, le donataire n'est pas non plus tenu de rapporter en nature l'objet donné, bien qu'il n'en ait pas disposé. Cette exception est toute dans son intérêt ; il peut y avoir pour lui un grand avantage à garder l'immeuble qu'il possède peut-être depuis fort long-temps, et auquel il peut attacher un prix d'affection. Mais s'il ne se trouvait pas dans la succession des biens de même valeur et bonté pour les autres successibles, le rapport devrait se faire en nature, car l'égalité serait blessée, dit Pothier, s'il était permis au donataire de conserver ce qu'il y a de meilleur, pendant que les cohéritiers auraient de mauvais biens.

Nous ne pensons pas que le donateur eût pu dispenser du rapport en nature, si, d'ailleurs, il avait déjà disposé de la quotité disponible ;

3° La troisième exception de rapport en nature est prévue par la dernière disposition de l'art. 866, qui suppose que le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense de rapport, excède la quotité disponible. Si le retranchement de cet excédent ne peut s'opérer commodément, et ne dépasse pas la moitié de l'immeuble, le donataire peut le retenir en totalité, sauf à moins prendre ou à récompenser ses cohéritiers, en argent ou autrement.

Rapport des meubles. — Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant (868). Cette règle est impérative; ainsi le donataire ne peut être contraint au rapport en nature, et les cohéritiers peuvent toujours exiger le rapport en valeur. Il suit de là, que le donataire est censé propriétaire incommutable du mobilier dès l'instant de la donation, d'où la conséquence que la perte, même par cas fortuit, est pour son propre compte. La faveur de l'art. 855 ne lui est pas applicable, parce que, n'étant pas débiteur d'un corps certain, il ne peut être libéré par la perte de la chose. Il doit rapporter la valeur qu'avait le mobilier lors de la donation, sans avoir nul égard à celle qu'il peut avoir à l'époque de l'ouverture de la succession, parce que le donataire étant devenu, comme nous l'avons déjà dit, propriétaire irrévocable dès l'instant de la donation, toutes les pertes ou détériorations doivent être sur son compte.

En ordonnant le rapport de la valeur du mobilier au temps de la donation, l'art. 868 paraît en opposition avec l'art. 922 qui, pour opérer la réduction, n'a égard qu'à la valeur au temps du décès du donateur. Cette contradiction n'est qu'apparente, car ces deux articles réglent des espèces différentes : le dernier n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'une donation immobilière.

La valeur à rapporter est constatée par l'état estimatif annexé à l'acte de donation suivant l'article 948 et à défaut de cet état, d'après une estimation faite par experts. Par cette dernière disposition, l'art. 868 semble valider une donation d'objets mobiliers faite sans état estimatif, alors que l'art. 948 la déclare nulle. On concilie ces deux articles en disant que le dernier n'a déclaré la donation nulle qu'en ce sens, que le donataire ne peut forcer le donateur à livrer les objets; mais si celui-ci en fait la délivrance, la donation est alors valable, non en vertu de l'acte notarié, car cet acte est nul, mais comme don manuel, espèce de libéralité qui n'est susceptible d'aucune forme. L'acte de donation, s'il en existe, ne sera utile que pour déterminer la nature de la possession et établir l'obligation du rapport.

Le rapport de l'argent se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession et en cas d'insuffisance, en abandonnant, jusqu'à due

concurrence, du mobilier, et à défaut de mobilier, des immeubles de la succession. Il va sans dire, que si l'héritier veut conserver en nature sa part héréditaire, il le peut en rapportant l'argent qu'il a reçu. Il doit, dans ce cas, rapporter une valeur égale à la somme qui lui a été donnée, quoiqu'il y ait eu variation dans le prix du numéraire.

Les intérêts du mobilier et de l'argent sont aussi dûs dès le jour de l'ouverture de la succession; néanmoins, le donataire peut les imputer sur la portion qu'il aurait eu à prendre dans les fruits produits par les biens de la succession.

Comment se fait le rapport des meubles incorporels? Il semble que l'art. 868 ne s'applique qu'aux meubles corporels, puisqu'il exige un état estimatif et, à défaut, une estimation par experts, ce qui n'est nullement nécessaire pour les meubles incorporels. Je pense donc que ceux-ci doivent former une catégorie particulière et qu'on doit leur appliquer la disposition de l'art. 1567 en permettant au donataire de ne rapporter que les contrats. Ne serait-il pas en effet injuste de laisser, pour le compte de ce donataire, des créances, des effets ou des rentes qui ne lui ont nullement profité, puisque malgré toutes ses diligences, il n'a pu les convertir en argent?...

Le rapport des offices se fait en rapportant la valeur qu'elles avaient au moment de la donation.

Nous avons ainsi terminé ce que nous avions à dire sur les rapports, matière très étendue et qu'il nous a été impossible de suivre dans tous ses développements, devant nous restreindre dans les bornes étroites d'une thèse.

CODE DE PROCÉDURE.

Faut-il pour intenter la réintégrande avoir la possession annale, comme on l'exige pour la complainte ?

Une des divisions les plus importantes des actions, est celle qui détermine une ligne de démarcation nettement tracée entre l'action possessoire et l'action pétitoire ; il existe entre elles plusieurs points de contact et de nombreuses différences qu'il n'entre pas dans notre plan de rappeler ; nous nous contenterons de dire que l'action possessoire est celle qui n'a trait qu'à la possession, tandis que l'action pétitoire a trait à la propriété. Les motifs qui ont fait admettre ces deux actions sont faciles à saisir : si d'un côté il ne convient pas de dépouiller pour toujours le propriétaire qui n'a pas usé de sa chose pendant un certain temps ; de l'autre il ne faut pas non plus que celui qui a pour lui une possession revêtue de certains caractères propres à faire présumer la propriété en sa faveur, soit expulsé de sa possession jusqu'à ce qu'il soit prouvé en justice que l'objet possédé appartient à un autre qu'au possesseur.

Parmi les actions possessoires on distingue la *réintégrande* et la *complainte*. On désigne sous le nom de *réintégrande*, l'action possessoire par laquelle on réclame la possession dont on a été dépouillé par violence ou voie de fait : on appelle complainte l'action intentée par un possesseur qui n'a été ni expulsé ni dépouillé, mais seulement troublé dans sa possession.

Les actions possessoires ont toutes pour base la possession ; celui donc qui veut les intenter doit avoir pour lui une possession qui soit

suffisamment caractérisée. L'art. 23 du Code de procédure dispose en effet : « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées *dans l'année du trouble* par ceux qui depuis *une année au moins* étaient en possession *paisible* par eux ou les leurs, *à titre non précaire.* »

Aux termes de cet article, le fait du trouble ou la spoliation ne suffirait pas pour faire obtenir gain de cause au demandeur au possessoire ; le trouble, une fois établi, il doit prouver en outre que la possession qui lui a été enlevée ou dans laquelle il a été troublé, était *au moins annale, paisible* et *à titre non précaire* ; s'il ne peut parvenir à faire cette preuve, son action sera rejetée.

Il semble évidemment résulter de là que si celui qui a été dépossédé, n'avait pas pour lui la possession annale au moment de la spoliation, il ne pourra se faire réintégrer dans la possession, et que celui qui l'a expulsé par violence ou voie de fait, lui sera préféré ; telle est la conséquence forcée qui semble s'induire des dispositions de l'art. 23 du Code de procédure. Néanmoins la cour de cassation et avec elle un grand nombre d'auteurs recommandables, ont cru devoir repousser une telle conséqence : la cour suprême établit une distinction entre le possesseur troublé et celui à qui la possession a été ravie ; elle décide que la *possession annale*, *paisible* et *à titre non précaire*, n'est nécessaire qu'au demandeur en complainte, et nullement à celui qui agit en réintégrande. Pour ce dernier, il suffit qu'il ait été spolié, pour qu'il doive être rétabli dans la possession, alors même qu'il n'aurait eu, au moment de la spoliation, qu'une possession de quelques mois ou de quelques jours ; cette cour se fonde sur le principe : *spoliatus ante omnia restituendus.*

Pour savoir si une telle jurisprudence doit être admise, en présence du texte formel de l'art. 23, nous croyons qu'il convient de prendre les choses *ab initio*, de remonter à l'origine de nos actions possessoires, c'est-à-dire, de parler des interdits admis en droit romain, et de suivre ensuite toutes les transformations qu'ils ont eu à subir dans les différentes phases de la jurisprudence française.

Les interdits étaient chez les Romains des ordonnances du prêteur par lesquelles, dans des cas particuliers, il prescrivait lui-même ce qui

devait être fait ou omis. Il existait entre les interdits et les actions proprement dites, de notables différences. Dans celles-ci, en effet, le préteur commettait un juge ou un juré pour instruire l'affaire; dans les interdits, au contraire, il rendait immédiatement lui-même l'ordre ou la défense publiée dans l'Edit pour des cas semblables; mais cette différence dut disparaître avec l'ancien *ordo judictorum privatorum* et le droit romain moderne les assimila aux actions.

Les interdits se divisaient, d'après leur étendue, en général, en *prohibitoires*, *restitutoires* et *exhibitoires*, dont nous n'avons pas à nous occuper. Sous le rapport de la possession d'une chose, on avait adopté une seconde division qui consistait : en interdits qui supposent, de la part du demandeur, une possession réellement acquise, qu'ils doivent conserver lorsqu'elle est troublée, et qu'elle n'a point cessé (*retinendæ possessionis*), ou qui tendent à recouvrer une possession perdue (*recuperandæ possessionis*), ou qui ont pour but de faire acquérir une possession qu'on n'avait jamais eue (*adipiscendæ possessionis*). Ce dernier n'a aucun trait à nos actions possessoires; aussi le laisserons-nous de côté pour ne dire qu'un mot des deux autres.

L'interdit *retinendæ possessionis*, dont la dénomination variait selon la nature de l'objet ligitieux, et dont le nom dérivait du premier mot des formules usitées, exigeait qu'on eût été troublé dans la vraie possession, peu importe qu'elle eût, ou non, été légalement acquise, *adversùs cæteros*. Dans le dernier état de la jurisprudence, la possession était toujours accordée à celui qui se trouvait en possession au moment de la *litis contestatio*, sans qu'il y eût à examiner depuis combien de temps il possédait.

L'interdit *recuperandæ possessionis* avait pour but de faire réintégrer l'expulsé dans la possession où il se trouvait avant la *dejectio*, et de lui adjuger des dommages-intérêts; il devait être exercé dans l'année, à partir de la spoliation. Pour obtenir cet interdit, connu sous le nom de *undè vi*, le demandeur devait reprocher à son adversaire une violence grave et atroce. Si la spoliation avait eu lieu *vi armatâ*, toute espèce de possession servait de fondement à l'interdit, tandis que si on n'avait eu recours qu'à la violence ordinaire, la possession devait être *nec vic, nec clàm, nec precariò ab adversario*. Justinien modifia cet état

de choses, et il décida que, quelle que fût la nature de la violence, elle donnerait toujours naissance à l'interdit, même lorsque l'expulsé n'avait qu'une possession violente, clandestine ou précaire, *ab adversario*.

Voilà en peu de mots le système des interdits, *retinendæ vel recuperandæ possessionis*, qui ont donné naissance à nos actions possessoires, *la complainte et la réintégrande*. Remarquons que, pour aucun de ces interdits, la possession annale n'était nécessaire; il suffisait qu'on possédât, n'importe depuis quel temps, au moment du trouble ou de la spoliation, pour qu'on pût les invoquer avec avantage. Passons actuellement au droit Français, et voyons les modifications que ces deux interdits y ont eu à subir.

Il nous reste peu de monuments sur cette partie importante de l'ancien droit. Beaumanoir nous apprend qu'on pouvait être troublé dans sa possession de trois manières : *par la force, par nouvelle dessaisine et par nouveau trouble*. Il y a nouvelle dessaisine, lorsque quelqu'un s'empare de la chose dont j'ai été en paisible possession pendant un an et un jour. Je suis troublé par la force, lorsqu'on me l'enlève par violence et à main armée. Il y a trouble, toutes les fois que, sans être dépouillé, je ne puis jouir comme précédemment.

On trouve ici quelque chose qui ressemble aux interdits *retinendæ vel recuperandæ possessionis*, le trouble, la dessaisine; mais une différence saillante, c'est que si en droit Romain la simple possession au moment du trouble ou de la spoliation suffisait pour exercer l'interdit, en France, il n'en est plus ainsi; pour être admis à se plaindre de dessaisine, il faut avoir la possession d'an et jour, comme cela résulte de la formule qu'employait le demandeur : « Sire, Pierre m'a dessaisi de telle chose, *de laquelle j'avais été en saisine* paisiblement d'an et jour; se il le confesse, je requiers être ressaisi; se il le nie, je offre à le prouver. »

L'action devait être intentée avant l'expiration de l'an et jour depuis la dessaisine; faute de quoi elle était périmée et le dessaisi ne pouvait *més plaider for sur la propriété*. Si les deux parties invoquaient la possession annale, chacune devait en fournir la preuve, *et qui mieux preuve, il en doit emporter la saisine*.

Il y avait des cas où l'on pouvait se plaindre de la dessaisine, bien qu'on n'eût pas une possession d'an et jour ; c'était lorsqu'on était expulsé par la force : *s'il advenait qu'un larron eût emblé une chose, et que celui à qui la chose serait la ressaisît sans justice, et le larron requérait être ressaisi, il le serait, et puis il serait fait justice du méfait.* Mais cette restitution ne donnait pas au spolié la saisine véritable, ne tranchait pas définitivement, comme le faisait en droit Romain l'interdit *reintegrandæ possessionis*, la question possessoire ; car le spoliateur, s'il avait avant le trouble la possession d'an et jour, pouvait intenter la complainte pour s'en faire ressaisir, tandis qu'en droit Romain il devait agir au pétitoire.

La réintégrande n'était donc qu'une mesure propre à prévenir *les mouvements de haine et de mortelle guerre.*

C'est dans ce but que Saint Louis abolit l'usage toléré jusqu'alors, qui permettait à celui qui avait été spolié avec violence, de se faire justice lui-même ; celui qui, dans les états de ce monarque, employait la force pour ressaisir l'immeuble dont il avait été dépouillé, était obligé de le rendre et encourait en outre une amende. L'ordonnance de ce roi, connue sous le nom d'Etablissement, fut bientôt adoptée par tous les tribunaux hors de la juridiction royale. Saint Louis avait pris pour base de son ordonnance la fameuse maxime du droit canonique : *Spoliatus ante omnia restituendus.* Ce qu'il y a de remarquable, c'est que dans le droit canon, cette maxime n'a jamais reçu le sens que lui prête Saint Louis ; on trouve en effet dans les décrétales une décision du pape Innocent III, approuvant la conduite d'un évêque, qui avait usé de violence pour reprendre un immeuble dont son église avait été dépouillée. Les canons étaient au reste, sur ce point, ainsi conçus : *Ingressus possessionem, ignorante domino ad quem pertinet, potest per ipsum dominum statim cùm sciverit, repelli etiam violenter ; nec ex tali repulsione competit contra dominum interdictum possessorium,* parce que le spoliateur n'était pas regardé comme ayant la possession, laquelle était nécessaire pour exercer la réintégrande. Le véritable sens de la formule consistait en ce que le *possessoire* doit précéder le *pétitoire* et, qu'avant tout, il faut réintégrer celui qui a été dépouillé d'une possession légitime. Saint Louis avait donc tout à fait détourné

cette maxime de l'application qu'en faisaient les canonistes ; sans doute il lui donna cette interprétation forcée, pour prévenir à tout prix des voies de fait beaucoup trop fréquentes de son temps.

Cet usage ne fut en vigueur que jusqu'au XIVe siècle. A cette époque, les deux interdits *recuperandæ et retinendæ possessionis* furent réunis en un seul connu dans la pratique sous la dénomination de *complainte* en cas de *dessaisine et de nouvelleté*, c'est-à-dire plainte du trouble qui nous est nouvellement fait en la saisine où nous sommes d'un immeuble ou droit réel. Cette fusion fut établie par Simon de Bucy, premier président au parlement, au moyen d'une fiction qui consistait à supposer que celui qui avait été spolié de sa chose, n'en perdait que la possession naturelle, et en conservait, par sa volonté, la saisine, et par suite il pouvait par la complainte demander à être conservé ou maintenu dans sa possession, comme si la force ou la dessaisine n'avait été qu'un nouveau trouble.

La plupart des coutumes qui se formulaient alors confirmèrent ou adoptèrent cette innovation dans des textes très explicites; si on voulait prétendre le contraire, il suffirait de citer entre-autres celle de Montargis ainsi conçue : « Après *telle jouissance d'an et jour*, peut celui qui a acquis la possession, intenter complainte en cas de saisine et de nouvelleté, *et tous autres procès possessoires*, s'il est troublé en sa dite possession. » « *Action pour spoliation*, disait celle de Cambray, *s'intente par complainte.* »

Ainsi donc, il est constant que, par la réintégrande comme par la complainte, qui étaient confondues, la possession d'an et jour était nécessaire, d'après le droit commun de la France, qu'une possession de quelques mois, de quelques jours, était un fait qui ne conférait aucun droit au détenteur de la chose, de quelque manière qu'il en eût acquis la possession; d'où il suit qu'il n'avait aucune action pour s'y faire maintenir ou réintégrer.

C'est dans cet état de choses que parut l'ordonnance de 1667, sur la procédure civile qui, bien que parlant de la complainte et de la réintégrande dans deux articles séparés, ne paraît pas avoir voulu établir, entre ces deux actions, d'autre différence que celle-ci; savoir : Que celui qui a été dépossédé, a le choix de l'action civile ou de l'action

criminelle, sans pouvoir intenter l'une et l'autre successivement. Cette ordonnance entend si peu établir des différences, quant à la durée de la possession requise pour exercer chacune de ces actions, qu'elle est muette, tant pour la complainte que pour la réintégrande, sur la nécessité de la possession annale. Il faut donc décider que le même temps est requis pour chacune de ces actions, et comme l'ordonnance n'en détermine pas la durée, elle semble, par cela même, s'en rapporter à ce qui existait auparavant, c'est-à-dire exiger la possession d'an et jour.

Néanmoins, les commentateurs sont loin d'être unanimes sur cette question. Ferrière, sans distinguer entre la complainte et la réintégrande, déclare qu'il suffit de justifier d'une possession non vicieuse pour y être maintenu ou réintégré, quoiqu'elle ne soit pas d'an et jour. Cette opinion était contraire à touts les monuments; aussi la plupart des auteurs, sans distinguer entre la réintégrande et la complainte, décidaient-ils que, pour l'une et l'autre, la possession d'an et jour était nécessaire.

Ceux qui prétendent que, pour intenter la complainte, il faut avoir la possession annale, mais qu'elle n'est nullement exigée pour agir en réintégrande, invoquent de graves autorités en faveur de leur opinion. On oppose d'abord Pothier, qui, en parlant de la réintégrande, s'exprime en ces termes : « Quelque vicieuse que soit la possession dont quelqu'un est dépossédé, *fût-ce une possession qui lui eût été acquise par violence*, il est reçu à intenter l'action en réintégrande contre le tiers qui l'a dépossédé. » Pour réfuter l'argument qu'on prétend puiser dans la doctrine de cet auteur, il suffit de remarquer que Pothier ne dit pas que le demandeur en réintégrande est dispensé de la possession annale. On invoque encore l'opinion de certains auteurs qui sont beaucoup plus explicites. Denisart pose la distinction en ces termes : « Pour intenter la complainte, il faut avoir la possession annale; pour la réintégrande, la possession actuelle au temps où l'on a été dépossédé suffit. » Dareau ajoute : « S'il était permis, de ce qu'on a droit à une chose, de l'enlever *de voie de fait*, chacun, se rendant juge en sa cause, se croirait autorisé à agir avec violence. Pour réfuter cette opinion, il suffit de faire observer qu'il est des voies de fait permises par la loi et

qui ne servent qu'à son exécution, *juris executio non habet injuriam ;* d'ailleurs, toute voie de fait ne constitue pas la violence, *non videtur vim facere qui suo jure utitur*. Ainsi, on ne saurait me blâmer si, après un voyage de quelques jours, je renverse, à mon retour, des constructions qu'un voisin s'est permis d'élever sur ma propriété pendant mon absence.

L'auteur soutient, à tort, que les tribunaux de son temps ne manquaient jamais de punir ces sortes de voies de fait, *alors même qu'on aurait eu le meilleur droit à la chose pour laquelle on agissait.* Nous trouvons, au contraire, entr'autres, un arrêt du parlement de Bretagne qui en décide autrement dans l'espèce suivante : Après un partage qui établissait des servitudes, l'un des héritiers, pour en affranchir son fonds, éleva un fossé ; le maître, qui exerçait la servitude depuis plus d'un an, le fit combler. Il fut actionné en réintégrande, sous prétexte que la voie de fait est illicite et réparable par provision ; mais, comme le demandeur n'avait pas la possession annale, il fut débouté de sa demande. Sans doute, au lieu de combler le fossé, le maître de la servitude aurait été plus prudent en agissant en justice ; mais en ne le faisant pas, il n'encourait aucune peine. Ainsi donc, il n'est pas vrai de dire qu'il suffit d'avoir la possession annale pour pouvoir agir en réintégrande. La doctrine contraire se déduit encore de l'art. 3 de l'ordonnance : « Si le défendeur, en complainte ou en réintégrande, dénie la possession du demandeur ou de l'avoir troublé, ou qu'il articule possession contraire, *le juge appointera les parties à informer.* » Si la voie de fait était punissable, si la plus courte possession suffisait au demandeur en réintégrande, il serait inutile au défendeur d'articuler sa possession contraire ; l'ordonnance l'y autorise pourtant : que conclure de là ? si ce n'est que le juge ne peut se décider par la dernière possession du moment, quand les adversaires s'opposent mutuellement la possession ; elle ne veut donc pas que celui qui est rentré dans la possession avant l'année révolue, depuis qu'il l'avait perdue, soit toujours dépossédé.

Ainsi donc, il demeure établi que, sous l'ordonnance, la possession annale était exigée au moment de la spoliation ou du trouble pour exercer la réintégrande comme pour la complainte, et que le proprié-

taire ou possesseur annal pouvait expulser l'usurpateur sans craindre l'application de la maxime *spoliatus antè omnia restituendus.*

Cependant, certains auteurs avaient cru devoir adopter, sur cette question, un terme moyen. Si le trouble ou la spoliation provenait d'un tiers qui n'avait dans la chose ni droit ni possession, le possesseur pouvait, d'après eux, agir sans être obligé de prouver sa possession annale; il lui suffisait de prouver qu'il possédait au moment du trouble ou de la spoliation; mais ils refusaient, à celui qui n'avait pas la possession d'an et jour, toute action contre le propriétaire ou possesseur annal spolié qui, à son tour, était de nouveau rentré dans la possession de sa chose. Cette doctrine n'était pas fondée; car, dès qu'on reconnaissait que celui qui n'avait pas la saisine ne pouvait pas agir contre le propriétaire ou le successeur d'an et jour qui l'avait dépouillé, on devait aussi lui refuser toute action contre le tiers qui le dépossédait, puisque, dans cette dernière hypothèse, le spolié et le spoliateur étaient également sans droits; ils n'avait ni l'un ni l'autre la saisine possessoire, le possesseur actuel devait donc l'emporter: *in pari causa melior est conditio possidentis:* ils étaient tous les deux répréhensibles de s'être emparés d'une possession par violence ou voie de fait; il fallait donc leur appliquer la maxime : *cum par delictum est durum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa.* C'est au reste ce que reconnaît Duplessis, l'un des meilleurs commentateurs, qui nous enseigne « que pour être capable de former l'action en complainte ou réintégrande, il faut avoir eu au moins la possession par an et jour. »

Enfin nous arrivons au code de procédure qui, loin de distinguer entre la complainte et la réintégrande, ni entre le cas où la spoliation a été commise par un tiers et celui où elle l'a été par le propriétaire ou ancien possesseur annal, décide dans son art. 23 que « les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux qui, *depuis une année au moins,* étaient en possession paisible par eux ou les leurs à titre non précaire. » Donc celui qui n'a pas la possession annale n'est pas capable d'exercer une action possessoire, parce que ces actions sont fondées sur le droit de possession, lequel n'est acquis que par l'espace d'une année. Celui

qui intente l'action est demandeur au possessoire ; il doit par conséquent prouver qu'il a le droit de possession, c'est-à-dire la possession annale ; tant qu'il ne le prouvera pas, son action n'est pas recevable ; le défendeur pourra se borner à lui répondre : *Possideo quià possideo* ; prouvez la justesse de votre demande, alors je vous dirai de quel droit je possède ; jusques-là je puis garder l'objet, sans que j'aie à vous rendre compte des motifs plus ou moins plausibles sur lesquels repose ma possession.

En présence du texte formel de l'art. 23, il semble qu'il ne pouvait plus s'élever de doute et que la possession annale devait être exigée, tant pour la réintégrande que pour la complainte. Cependant grand nombre d'auteurs, à la tête desquels se trouve le vénérable Henrion de Pensey, soutiennent que, pour agir en réintégrande, il suffit de prouver qu'on possédait au moment de la spoliation, sauf au spoliateur qui est ainsi condamné, à se pourvoir en complainte s'il avait la possession annale au moment du trouble. « Ainsi, dit M. Henrion, à mon retour d'un voyage de quelques mois, je trouve ma maison occupée et j'y rentre par la force ; si l'usurpateur demande à être réintégré, il l'obtient ; mais comme il n'avait pas la possession annale, je puis, après avoir exécuté le jugement, former contre lui une demande en complainte, et sur cette demande, je suis rétabli dans mon ancienne possession. »

Accorder un remède si salutaire au spoliateur contre le propriétaire qui venant d'être dépouillé, n'a fait qu'user de son droit en rentrant dans la possession, n'est-ce pas aller contre touts les principes reçus ? « Il suffit d'énoncer une pareille idée, disait Lajuinais, pour faire sentir combien elle répugne aux lumières de la raison. »

Le savant magistrat invoque l'autorité de Beaumanoir ; mais la doctrine de cet auteur n'était plus en vigueur dès le quatorzième siècle ; elle n'a pas été rétablie par l'ordonnance, comme nous croyons l'avoir prouvé ; elle ne l'est pas non plus par l'art. 23 du code de procédure. Aurait-elle été consacrée par l'art. 2060 du Code civil qui dispose : *La contrainte par corps a lieu en cas de réintégrande pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voie de fait ; pour restitution des fruits qui en ont été perçus ; pour l'indue possession et pour le paiement des dommages-intérêts adjugés au propriétaire ?*

Il ne résulte nullement de cet article que la possession annale ne soit pas exigée pour la réintégrande ; tout ce qu'on doit en conclure, c'est que le spoliateur qui succombe dans cette action, est tenu de la contrainte par corps ; c'est en ce sens, seulement, que cet article établit une distinction entre la réintégrande et la complainte. Les rédacteurs du Code civil ne se sont pas occupés des conditions exigées pour intenter la réintégrande ; ils n'ont donc pû déroger à l'art. 23 du Code de procédure qui règle ces conditions et qui n'était pas encore promulgué. Nous croyons donc fermement que la réintégrande comme la complainte, se trouvent régies par cet art. 23.

L'argument que nous voulons tirer de cet article, perd, dit-on, de sa force apparente si l'on veut remonter à l'état de choses existant avant la loi, si l'on consulte l'esprit dans lequel elle a été faite ; on n'a entendu nullement innover : M. Treilhard disait en effet, en présentant le projet du Code de procédure Corps Législatif : « Sur cette partie, nous avons conservé tout ce qui nous a paru bon ; *nous n'avons pas aspiré à la vaine gloire de faire du nouveau.* »

La distinction entre la réintégrande et la complainte, ajoute-t-on, existait dans l'ancienne jurisprudence et on a voulu la maintenir.

Nous croyons en avoir assez dit pour prouver que cette distinction avait disparu dès le VIX^e^ siècle, et qu'elle n'avait plus reparu depuis ; par conséquent l'objection qu'on nous oppose n'a aucune valeur. Nous voulons aller plus loin. Alors même que, sous l'ancienne jurisprudence, et à l'époque de la discussion du Code de procédure, il eût été permis d'exercer le réintégrande sans avoir la possession annale, bien que les rédacteurs de ce code n'eussent pas voulu innover, nous ne croyons pas, qu'en présence de l'art. 23, cette distinction pût être maintenue, à moins qu'on ne soutienne que l'opinion d'un orateur doit l'emporter sur le texte de la loi elle-même. Cet article entend si peu distinguer entre la réintégran de et la complainte, qu'il ne désigne aucune de ces actions ; sa disposition est générale et s'applique à toutes les actions possessoires. Si donc on veut soutenir qu'il n'est pas applicable à la réintégrande, il faut aller jusqu'à dire, comme l'ont fait, au reste, quelques auteurs et la cour de cassation elle-même, que la réintégrande n'est pas une action possessoire. Or, je le demande, peut-on raison-

nablement aller jusque-là en présence de l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838, ainsi conçu : « Le juge de paix connaît des dénonciations de nouvel œuvre, complainte, *action en réintégrande* et autres actions possessoires. »

Mais, dit-on, il sera donc permis à chacun de se faire justice à lui-même en usant de *violence;* autant vaudrait en revenir à l'époque où l'on était admis à plaider devant le juge, la dague au poing. Pour réfuter cette objection, il suffit de répondre qu'on n'a pas toujours recours à la violence; on emploie souvent des voies de fait qui ne sont nullement répréhensibles; d'ailleurs si quelque attentat a été commis, il ne manque pas des lois pénales dont il faudra faire l'application au coupable, sans qu'il soit nécessaire de le dépouiller d'une possession pour l'accorder, contrairement à la loi, à son adversaire qui n'y a aucun droit. Malgré la jurisprudence de la cour de cassation, nous pensons donc, que le demandeur en réintégrande doit avoir la possession annale aussi bien que celui qui veut intenter la complainte. La cour suprême, dans un arrêt du 3 février 1837, a décidé que l'action d'un possesseur non annal, devait être rejetée parce que, dans la demande introductive d'instance, il avait déclaré agir en complainte, tandis qu'elle aurait été admise s'il avait déclaré agir en réintégrande; n'est-ce pas là s'en tenir aux mots et ressusciter ce qui se passait à Rome sous les actions de la loi, où l'on voit qu'un Romain, se plaignant qu'un autre avait coupé ses vignes, succomba dans son action pour avoir employé le mot *vites* au lieu de se servir de la locution *arbores*, qui seule était inscrite dans la loi des douze tables.

Cette décision, à elle seule, ne suffirait-elle pas pour prouver la fausseté de la doctrine adoptée par cette cour suprême, qui entraînée par la force de la vérité, revient, dans cette espèce et sans le vouloir, aux véritables principes? Les motifs d'ordre public que l'on invoque pour justifier la doctrine généralement reçue, ne paraissent pas concluants sous une législation qui punit de peines, plus ou moins sévères, toute espèce de violence contre les personnes, ainsi que toutes destructions ou dégradations de propriété.

CODE DE COMMERCE.

Origine et formes de la lettre de change.

De toutes les inventions modernes, il n'en est aucune qui fasse plus d'honneur au génie des commerçants que celle de la lettre de change; aussi les auteurs, frappés de l'impulsion inouïe qu'elle avait donnée aux négociations, ont-ils épuisé toutes les formules d'éloges pour cet élément juridique dont, cependant, ils n'ont su se rendre compte.

La principale cause de leur erreur vient de ce qu'ils ont cru pouvoir lui appliquer le même mode d'enseignement qu'à l'étude du droit romain, c'est-à-dire, en prendre les principes et les suivre dans touts leurs développements. Cette marche rationnelle, bonne pour l'étude d'une législation dans laquelle les principes avaient été nettement formulés, ne pouvait qu'égarer, lorsqu'il s'agissait d'interprêter des formules qui masquaient, à dessein, l'opération véritable.

Trompés par les apparences, les auteurs sont partis de cette idée préconçue; savoir : *Que la lettre de change n'était autre chose que le mode d'exécution du contrat de change*, idée fausse comme nous allons le faire voir, et qui devait nécessairement conduire à des conséquences également erronées, car elles devaient se ressentir de leur tache originelle.

Dans le moyen-âge, les lois canoniques regardaient tout prêt à intérêt comme immoral. Cette croyance, répandue dans le monde chrétien, était passée dans les législations civiles, qui considéraient le prêt à intérêt comme un contrat injuste et illicite; elles prononcèrent de fortes peines contre ceux qui se livraient à de pareilles spéculations.

Cette prohibition avait beaucoup trop de sévérité; aussi, il en advint, comme de toutes les lois prohibitives, qui veulent comprimer un mouvement dont les peuples sentent réellement le besoin; elles le gênent dans son développement, mais elles ne l'empêchent pas. «Elles accusent, dit M. Fremery, l'impéritie du législateur, en aggravant le mal qu'il a cru prévenir. »

Pour se soustraire aux pénalités de la loi, les possesseurs de capitaux eurent besoin de moyens propres à déguiser l'usure; ils cherchèrent des formes qui pussent abriter leurs opérations, et tromper les théologiens législateurs; on imagina pour cela de prétendues opérations, qui avaient des caractères de réalité très spécieux, et que l'ont sut faire approuver par de graves autorités. On supposait un contrat, par lequel une personne recevait dans une ville une somme qu'elle était censée échanger contre une autre somme qu'elle payait sur une autre place. Pour effectuer cet échange simulé, l'un des contractants retenait une certaine quantité d'argent, qui n'était en réalité que l'intérêt de la somme qu'il avait prêtée.

Cette opération, à laquelle les casuistes et les docteurs ont cru de si bonne foi, n'a jamais eu rien de réel pour les négociants expérimentés. C'est ainsi qu'est née la lettre de change, si propre à cacher ces prêts usuraires. Les auteurs trompés par les apparences, ont cru au contrat de change, et n'ont envisagé la lettre de change, que comme le mode d'exécution de ce contrat. Au lieu de la regarder comme une opération principale, ils l'ont considérée comme un objet secondaire, propre à faire passer des valeurs d'un lieu sur un autre.

Partant de cette idée, et jetant les yeux sur l'histoire, ils ont dit que la lettre de change avait dû être inventée lors des grandes émigrations; ainsi, les uns en ont attribué l'origine aux Juifs, qui, chassés de France sous Philippe-Auguste et Philippe-le-Long, se réfugièrent en Lombarpie, et durent avoir recours à des moyens détournés pour retirer les fonds qu'ils avaient été obligés d'abandonner; les autres ont prétendu que les Guelphes, chassés de Florence, en étaient les véritables inventeurs. Quelques-uns attribuent encore cet honneur aux Gibelins qui, expulsés à leur tour par les Guelphes, se retirèrent à Lyon, et dans d'autres villes du Midi.

Quoi qu'il en soit; et sans nous mettre en peine de rechercher le moment précis où la première lettre de change a paru, nous dirons qu'elle était connue dès le XII^e^ siècle, puisqu'on trouve des formules de lettres de change dans des chartes et diplômes de 1150.

Les auteurs ne pouvaient laisser passer inaperçue la révolution que la lettre de change allait opérer dans le monde commercial. Aussi, dès le XV^e^ siècle, ils se mirent à l'œuvre, et en composèrent des traités. Mais, pleins de respect pour le droit romain, ils voulurent lui emprunter ce qu'il ne possédait pas réellement; aussi l'on trouve dans leurs ouvrages une grande quantité de citations extraites du Digeste, et qui n'ont aucun rapport à la matière; cela n'est pas étonnant, car il n'existe aucune trace de lettre de change dans le droit romain; nous trouvons la loi 4, § 1, au Digeste, *De nautico fœnore*, par laquelle Papinien nous apprend que ceux qui faisaient aux marins un prêt à la grosse, envoyaient un de leurs esclaves chercher ce qui pourrait leur être dû au port de débarquement, ce qui évidemment, n'eût été nullement nécessaire, si la lettre de change eût été en usage.

Jousse, auteur fort recommandable d'ailleurs, ne sut pas non plus se débarrasser de toutes ces lois qui n'avaient nullement trait à la matière.

Les auteurs modernes partant de l'idée préconçue que la lettre de change n'était que le mode d'exécution du contrat de change, ont voulu indiquer la nature de ce contrat ; mais ils ont échoué dans leur entreprise.

Pothier regarde le contrat de change comme un mandat ; cette assimilation n'est pas du tout exacte, car le tiré, représentant le mandataire, est ici le premier obligé, tandis que, d'après les principes du mandat, les tiers n'ont d'action que contre le mandant et jamais contre le mandataire.

D'autres auteurs prétendaient que la lettre de change renferme une cession faite par le tireur de la somme qui lui est due par le tiré. Pour réfuter cette opinion, il suffirait de dire que très souvent on tire des lettres sur une personne qui ne nous doit rien. D'ailleurs ici, si le tiré n'effectue pas le paiement, le tireur est tenu de payer le montant de la lettre; ce qui n'aurait pas lieu s'il s'agissait d'une véritable

cession, puisque le cédant ne répond pas de la solvabilité du débiteur (1594, Code civil). Dans le cas de cession le cessionnaire peut opposer les exceptions *ex personâ cedentis* ; ce qui ne peut avoir lieu en matière de lettre de change.

M. Locré soutient que le contrat de charge est un mandat *enflé* d'une cession. Il est évident qu'une pareille idée n'est pas juridique, car un contrat simple ne peut embrasser deux autres contrats. Heneccius émettait une idée tout aussi vague lorsqu'il appellait ce contrat : *à variis negotiis contractum*. Enfin le dernier des auteurs qui ait écrit sur la matière, M. Nouguier s'exprime ainsi : « *La véritable opération du contrat de change participe de la vente, de la cession, ou de l'échange, mais non pas d'elle seule.* »

Cette confusion qui existe dans la doctrine a été partagée par le législateur qui, perdant de vue l'origine et le but de la lettre de change, a puisé dans la coutume commerciale et dans la doctrine erronée des légistes. C'est ce qui fait que le titre de la lettre de change est très mal rédigé et renferme des textes incohérents.

Si nous voulons avoir une véritable idée de la nature et de l'origine de la lettre de change, nous croyons qu'il faut prendre les choses *ab initio*, remonter au plus ancien des contrats, c'est-à-dire à l'échange. Dans ce contrat il y a deux choses principales ; ce que l'une des parties donne est regardé comme l'équivalent de ce qu'elle reçoit. On n'y trouve pas les caractères extérieurs du prix, à moins qu'on ne regarde comme tel, ce que donne celui des contractants qui est allé au devant de l'autre, qui a fait les premières propositions.

Il devait arriver souvent qu'une personne avait plusieurs objets qui étaient à la convenance d'une autre personne, et que celle-ci n'avait pas en sa possession ce que la première désirait. C'est cet inconvénient qui fit sentir la nécessité de recourir à une unité de valeur, également précieuse pour touts et qui pût être échangée contre toute espèce de marchandise ; c'est ce qui donna naissance à l'argent monnayé, type régulateur auquel on compara toute sorte d'objets et qui favorisa beaucoup les échanges. Alors naquit le contrat de vente. *Origo vendendi emendique à permutatione cœpit.*

Malgré ses avantages incontestables, le *nummus*, unité métallique,

eut aussi ses inconvénients, il est lourd et d'un transport difficile. La remise d'un lieu sur un autre expose même à des vols, d'autant plus fréquents, que les voleurs sont moins exposés dans l'emploi de l'argent, puisqu'il ne porte aucun signe de propriété exclusive; l'écu, par l'usage que l'on en fait, se détériore en perdant de son poids; mais le plus grand inconvénient de l'argent monnayé, celui que tout le monde ressent, est, sans contredit, d'être trop rare et de gêner, par là, les opérations commerciales. C'est surtout pour obvier à ce dernier que fut créé le *nummus papier* qui offre tous les avantages de l'argent monnayé sans en avoir les inconvénients. La lettre de change doit donc être considérée comme une valeur destinée à suppléer à l'insuffisance du numéraire; elle n'est pas le mode d'exécution d'un contrat; elle a une valeur réelle et les négociants en sont tellement convaincus que si, après un achat, ils souscrivent des lettres, ils se croient libérés et poursuivent la livraison de l'objet acheté; ce n'est que dans les maisons sans crédit que les lettres de change ne sont pas un paiement.

Le porteur d'une lettre de change n'est pas le cessionnaire du tireur, comme on l'a dit si souvent; il est le créancier du tiré.

Une preuve que la lettre de change n'est pas le mode d'exécution d'un contrat, se tire de l'art. 136 ainsi conçu: « *La propriété* d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement. » Si, comme on le soutient, dans la théorie du contrat, la lettre de change était une créance, il en résulterait qu'une créance serait une *propriété;* or, jamais on n'est allé jusqu'à émettre une pareille doctrine qui serait évidemment erronée; car, de cela seul, que je suis le créancier d'une personne, il ne s'ensuit nullement que je sois propriétaire d'aucun de ses écus; cela est si vrai, que s'il les a aliénés, je ne puis les revendiquer à l'encontre des tiers. Une créance ne constitue entre les contractants qu'un rapport obligatoire qui ne peut être transmis. Le cessionnaire n'est donc qu'un procureur fondé; ce qui le prouve, c'est qu'on peut lui opposer toutes les exceptions *ex personâ cedentis.* La créance n'établit pas un droit de propriété, mais seulement un droit, pour ainsi dire, de *coërcion,* par lequel nous forçons le débiteur à faire ou à donner quelque chose.

Ce qui peut encore avoir puissamment contribué à l'émission du pa-

pier-monnaie, c'est le besoin de se prémunir contre les altérations fréquentes que les princes du moyen-âge faisaient subir aux espèces métalliques. C'est dans ce but que fut créée à Venise une banque appelée *banque de dépôts et de virements*. Elle recevait, soit des Vénitiens, soit des étrangers, des sommes ou des lingots qui étaient évalués par ses agents. Elle remettait en échange un titre avec lequel on pouvait retirer, quand on le voulait, la valeur y énoncée dans la monnaie courante au moment où on se présentait; et cela, quelles qu'eussent été les altérations apportées au numéraire. On donna au titre le nom de *monnaie de compte*, parce qu'il était invariable et conservait toujours sa valeur primitive.

Cette banque fut une des principales causes qui rendirent Venise florissante. Il s'en établit ensuite de semblables dans d'autres villes.

A côté d'elles, qui ne pouvaient opérer que jusqu'à concurrence des fonds qu'elles possédaient, s'élevèrent bientôt d'autres banques, nommées banques de *circulation*, qui purent frapper du papier au-delà des fonds qu'elles avaient en caisse. Leur principale opération consistait à escompter des effets et à donner, en échange, des *billets au porteur*.

On vit bientôt de simples particuliers se livrer à ces mêmes opérations. Il est même plus avantageux de traiter avec eux, parce qu'ils peuvent être plus facilement saisis qu'un être moral et qu'ils opèrent sur toutes sortes de monnaies.

Après avoir recherché l'origine, la nature de la lettre de change et les causes qui ont dû lui avoir donné naissance, il convient de s'occuper de sa forme extérieure qui n'est pas moins importante que celle de l'écu métallique.

Formes de la lettre de change.

Ces formes sont réglées par l'art. 110 qui est ainsi conçu : « La lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre; — elle est datée; — elle énonce la somme à payer, le nom de celui qui doit payer, l'époque et le lieu où le paiement doit s'effectuer, la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière. —

Elle est à l'ordre d'un tiers ou du tireur lui-même. — Si elle est par 1re, 2e, 3e, 4e, etc., elle l'exprime. » D'après l'art. 111, « elle peut être tirée par ordre et pour le compte d'un tiers; — elle peut être tirée sur un individu et payable au domicile d'un autre. »

D'après ces articles, les auteurs ont défini la lettre de change: « Un acte, en forme de lettre missive, par lequel un individu mande à une personne de payer, en un lieu autre que celui d'où la traite est tirée, une somme d'argent en échange d'une autre somme ou valeur reçue dans un autre lieu. »

Cette définition peut être légale, mais elle répond rarement aux besoins du commerce; aussi la laisserons-nous de côté pour nous livrer à l'examen exégétique des dispositions de ces articles.

La lettre de change doit :

1° *Être tirée d'un lieu sur un autre.* Ici le législateur ne fait que déférer à l'idée préconçue des légistes qui veulent que la lettre ne soit que le mode d'exécution du contrat de change, contrat qui se conçoit à peine dans la même place; car nul chez lui ne donne de l'argent pour de l'argent. Ce qui prouve que cette exigence n'est pas de la nature de la lettre de change, et en même temps la fausseté des idées du législateur sur ce point, c'est que dans la pratique on n'y a aucun égard : à chaque instant on fait des lettres payables dans la ville même où elles sont émises; seulement, pour obéir extérieurement aux prescriptions de la loi, on a recours à des suppositions de lieu. Ces suppositions sont d'un usage tellement fréquent, dans la coutume commerciale, que la juridiction consulaire repousse toujours les prétentions de celui qui voudrait prouver que l'énonciation de la traite est fausse, qu'il n'y a pas réellement remise de place en place.

Cette première disposition de l'art. 110 a donné lieu à des débats singuliers; ainsi, on s'est demandé : 1° s'il faut que la traite soit tirée d'une place de commerce sur une autre place de commerce; 2° quelle distance doit exister entre le lieu de la traite et celui du paiement; 3° peut-on tirer d'un quartier de Paris sur un autre quartier de la même ville.

Les auteurs, discutant gravement ces questions, disent que d'un faubourg au centre de Paris, d'une ville à une autre ville, même très

rapprochée, le transport d'une somme d'argent peut être périlleux, des accidents graves peuvent survenir; n'a-t-on pas à craindre, ajoute M. Nouguier, l'infidélité d'un commissionnaire? Telles sont les raisons futiles qui les portent à valider de telles lettres de change.

Ils supposent ensuite le cas où la traite étant tirée de Paris sur Rouen, le tiré en l'acceptant déclare qu'il paiera à Paris; y a-t-il, dans ce cas, lettre de change valable? Ils adoptent l'affirmative, parce que, disent-ils, il y avait dès l'origine remise de place en place; on a fait voyager fictivement deux fois le montant de la lettre.

Pour nous qui regardons la lettre de change comme destinée à suppléer à l'insuffisance du numéraire, nous n'éprouvons aucune difficulté pour la déclarer valable dans ces divers cas; dans notre théorie, nous voudrions qu'une lettre pût être tirée sur le lieu même où elle est souscrite, sans avoir besoin de recourir à de vaines suppositions.

Parlons de ce qui appartient réellement, d'après la nature des choses, à la lettre de change:

2° *Elle doit être datée.* La date est utile pour savoir si la personne qui a souscrit la lettre avait capacité suffisante pour émettre du papier-monnaie; elle est nécessaire lorsque la lettre est payable à une ou plusieurs années, usances ou jours de date; dans le système légal, la date est encore indispensable pour prouver la remise de place en place; la lettre a sur l'écu réel l'avantage d'indiquer le jour où elle est sortie des mains du payeur. Fait-elle foi de sa date? Touts les auteurs adoptent l'affirmative, mais ils sont fort embarrassés pour justifier leur opinion; car si la lettre de change n'est que le mode d'exécution d'un contrat, c'est un acte sous seing-privé, et dès-lors, pourquoi ne pas lui appliquer la disposition de l'art. 1328, Code civ.?

D'après nos principes, au contraire, tout s'explique facilement: la lettre de change n'est pas un acte, mais bien un écu fictif, un papier-monnaie qui doit naturellement faire foi de sa date comme l'écu métallique.

3° *Elle énonce la somme à payer.* Cette somme peut être mise en chiffres ou en lettres. Celui qui crée le papier a toute espèce de latitude, il peut lui faire représenter des lingots ou de l'argent monnayé. L'espèce de monnaie doit être spécifiée, si l'on est convenu de faire le

paiement en d'autres espèces que celles en usage dans le lieu et au temps du paiement.

Peut-on ajouter les intérêts au capital de la lettre de change? Un auteur adopte la négative, parce que, dit-il, l'écu réel n'augmentant pas de valeur, il doit en être de même de l'écu fictif.

Ce système nous paraît trop rigoureux : dès qu'en émettant la traite on peut calculer facilement les intérêts que la somme que l'on veut y énoncer produirait jusqu'à l'échéance, nous pensons qu'on peut les réunir au capital.

4° *La lettre contient le nom de celui qui doit la payer* : on lui donne le nom de tiré. Le plus souvent le tireur et le tiré sont des personnes distinctes, mais une même personne peut jouer à la fois les deux rôles ; ainsi, tel négociant qui se trouve dans une foire prend de l'argent et fait une lettre payable à son domicile.

Les auteurs qui sont forcés de partager notre opinion sont très embarrassés pour concilier cette décision avec leur théorie du mandat; ici, en effet, la même personne serait mandant et mandataire. Aussi, M. Nouguier s'empresse-t-il de dire que « ce serait méconnaître les principes fondamentaux sur lesquels repose la lettre de change que d'admettre la régularité d'un pareil titre, une telle lettre n'offre pas au porteur toutes les garanties que la loi veut lui accorder. »

Toutes ces raisons n'ont aucune valeur, car il doit être libre à celui qui reçoit le papier de se contenter de la garantie que lui offre celui qui l'émet, sans exiger qu'on lui indique un tiré qui pourrait n'être qu'une personne insolvable, ou qui pourrait se refuser à fournir son acceptation. M. Nouguier reconnaît néanmoins qu'une telle traite a touts les effets d'une lettre de change : n'est-ce pas là reconnaître en même temps la fausseté du malheureux système qu'il cherche à soutenir?

5° *Elle indique l'époque et le lieu du paiement.* Cette époque doit être précise; elle ne peut, selon nous, dépendre d'une condition ni d'un terme incertain, car la valeur de la monnaie ne dépendant nullement ni d'une condition ni d'un terme incertain, il doit en être de même de l'écu fictif. Cette solution, adoptée par la jurisprudence, accuse la théorie des auteurs, car si la lettre de change n'était que le mode

d'exécution d'un contrat, elle devrait pouvoir être assujétie à une condition ou à un terme incertain.

Tout ce qui concerne l'échéance est réglé par les art. 129 et suivants dont nous n'avons pas à nous occuper.

Le lieu du paiement est ordinairement indiqué au dessous du nom du tiré : si le paiement doit être effectué dans un lieu autre que le domicile du tiré, on doit en faire mention.

6° *Elle énonce la valeur fournie.* Cette exigence rigoureuse de la loi, qui ne fait qu'entraver la comptabilité commerciale, vient encore de la malheureuse théorie du contrat de change. La lettre de change étant considérée par les légistes comme un document propre à établir l'existence d'une obligation, le législateur, en cédant à leurs idées, a voulu que la cause en fût exprimée. Du reste la loi n'est pas difficile quant au choix de cette cause, car elle dit que la valeur peut être fournie *en espèces, en marchandises, en compte* ou *de toute autre manière.*

Malgré cette latitude, les commerçants, qui souvent émettent des traites sans en avoir reçu le montant, ont été fort embarrassés pour en exprimer la cause ; ils ont eu recours à des formules bizarres telles que *valeur recue ; valeur entendue, valeur en contractant, valeur en moi-même* et autres semblables, également incompréhensibles, qui ne veulent rien dire si ce n'est que la valeur n'a pas été fournie. La jurisprudence, ayant proscrit ces formules vides de sens, les négociants ont été contraints d'énoncer des causes fausses lorsque la valeur ne leur est pas fournie à l'époque de la création de la traite. Comme pour faciliter l'énonciation de ces causes fausses, la jurisprudence a consacré en principe : 1° que l'on ne pouvait être admis à en prouver la fausseté contre un tiers porteur de bonne foi; 2° que l'acceptant ne pouvait pas en argumenter.

7° *Elle est à l'ordre d'un tiers ou du tireur lui-même.*

Lorsqu'elle est à l'ordre d'un tiers, ce tiers est le plus souvent le donneur de valeur; mais il peut se faire que la valeur a été fournie par une autre personne ; la lettre est alors conçue en ces termes :

Toulouse, le B. P. F.

A huit jours de date payez à M. B.... ou à son ordre la somme de valeur reçue comptant de M. A.... que vous passerez sur notre compte.

A M. C... à Bordeaux. Signature, M. D....

Semblableà l'argent monnayé, la lettre de change est destinée à circuler; cependant, chose étrange, sous l'empire de l'ordonnance il fallait pour que la circulation fût possible, que le tireur l'eût expressément autorisée.

La lettre peut être à l'ordre du tireur lui-même. Dans ce cas, les auteurs, pour concilier cette disposition législative avec leur théorie du contrat, ont inventé la clause *valeur en moi-même*, qui, évidemment est un non sens, puisqu'on ne peut pas soutenir raisonnablement qu'une personne a reçu une somme d'elle-même. Aussi, croyons-nous qu'il faut résoudre négativement la question suivante qui consiste à savoir si, dans ce cas, il y a lettre de change, avant toute négociation. Tant qu'elle n'est pas négociée, il n'y a qu'un simulacre, un simple projet de lettre que le tireur peut détruire et refaire à son gré sans léser aucun droit; ce n'est que par la négociation que naîtra le *vinculum juris;* alors seulement la lettre de change sera complète et aura une existence réelle. Mais peut-elle être endossée pour la première fois dans la ville où elle doit être acquittée? La négative résulte des prescriptions de la loi; car un tel papier, ne devenant lettre de change que par l'endossement, si on pouvait faire celui-ci dans la ville où la lettre est payable, il s'ensuivrait qu'il n'y aurait pas eu, lors de l'émission de la traite, remise de place en place.

Cependant la jurisprudence est loin d'être uniforme sur cette question; si d'un côté, les cours royales, s'appuyant sur l'exigence de la loi, déclarent qu'il n'y a pas lettre de change dans ce cas; d'un autre côté, les tribunaux consulaires, s'étayant sur la coutume commerciale et sur l'utilité du papier monnaie, les déclarent unanimement valables.

8° *La lettre peut être tirée par ordre et pour le compte d'un tiers.*

Les banquiers ont recours à cet expédient lorsqu'ils ne veulent pas émettre leur signature en trop grande quantité, de crainte d'inspirer la défiance aux personnes qui ont traité avec eux; il s'adressent alors à un ami qui, seul, met son nom en avant, et est en rapport avec les tiers, quoique l'opération ne le concerne nullement.

Ainsi fixés sur les causes d'émission des lettres de change pour le compte d'autrui, nous allons examiner les droits et les devoirs auxquels

elles donnent naissance. Nous devons pour cela distinguer soigneusement deux catégories de personnes : celles qui ont connu les opérations primitives (le donneur d'ordre, le tireur et le tiré); celles qui n'ont pas dû les connaître (les endosseurs et le porteur). Occupons-nous d'abord de ces derniers.

Si la traite demeure en souffrance, il importe de savoir si le tiers porteur doit exercer son recours contre le tireur ou contre le donneur d'ordre. Voici le raisonnement qui se présente naturellement à ceux qui parlent de la théorie du contrat :

Le tireur n'étant que le prête-nom, le mandataire du donneur d'ordre, ce n'est que contre ce dernier que peut agir le porteur. Cependant, comme cette opinion n'a pas été consacrée par la jurisprudence, embarrassés par leur théorie, les auteurs distinguent le cas où le tireur a agi comme *commissionnaire*, de celui où il a agi comme *mandataire*. Dans la première hypothèse qui, du reste, est la plus fréquente, ils permettent au porteur d'exercer son recours contre le tireur; dans la deuxième, ils veulent qu'il s'adresse au donneur d'ordre.

Pour nous, repoussant cette distinction, nous déciderons, sans hésiter avec la jurisprudence et la loi du 19 mars 1817, que dans tous les cas, le porteur doit actionner directement le tireur, car il a dû compter sur lui, puisqu'il a vu son nom sur la traite. Si l'on en décidait autrement, on forcerait le porteur à s'enquérir des rapports individuels qui existent entre le tireur et le donneur d'ordre, qu'il ne connaît pas et que souvent il ne pourrait pas connaître. Il n'a en vue que ceux qui ont frappé le papier; le donneur d'ordre étant resté étranger à cet acte, le porteur n'exercera contre lui aucun recours direct : il pourra seulement le poursuivre indirectement, en exerçant les actions de son débiteur, le tireur. Si ce dernier est tombé en faillite, nous n'accorderons pas au porteur un recours exclusif contre le donneur d'ordre; son action se trouvant comprise dans la faillite du tireur, il ne pourra agir qu'avec la masse des créanciers. Nous croyons devoir ainsi rejeter les distinctions qu'ont faites les auteurs sur ce point.

Nous devons actuellement parler des rapports qui unissent le donneur d'ordre, le tireur et le tiré.

Si le tiré a payé la lettre à l'échéance, contre qui pourrait-il exercer

son recours, est-ce contre le tireur ou contre le donneur d'ordre? Le tireur en émettant la lettre de change a suffisamment déclaré à celui sur lequel il tirait, que ce n'était pas lui, tireur, mais bien le donneur d'ordre, qui l'engageait à effectuer le paiement; c'était au tiré à voir s'il lui convenait de payer pour le donneur d'ordre, le tireur ne lui donnant aucun mandat. Si donc le tiré a soldé la traite, ce n'est pas contre le donneur d'ordre qu'il peut agir en remboursement. C'est pour faire cesser les dissidences qui s'étaient élevées sur ce point entre les cours royales et la cour de cassation qu'a été rendue la loi du 19 mars 1817, qui consacre l'opinion que nous venons de rapporter.

Si le tiré qui a accepté ne paye pas à l'échéance, le porteur agit contre le tireur qui le désintéresse; celui-ci a-t-il un recours contre le tiré? Cette question offre le plus grand intérêt dans le cas où le donneur d'ordre est insolvable. Nous n'hésitons pas à admettre l'affirmative; car en faisant le paiement, le tireur a été subrogé aux droits du porteur qui pouvait contraindre le tiré à solder la traite, puisque celui-ci avait fourni son acceptation. S'il en était autrement, il dépendrait du choix du porteur de faire tomber l'insolvabilité du donneur d'ordre sur l'accepteur ou sur le tireur; chacun d'eux lui ferait des offres, pour qu'il poursuivît l'autre, et il tirerait ainsi un bénéfice illicite de l'exercice de son droit.

Enfin, il peut se faire que le tireur et le tiré aient touts les deux contribué à payer la traite : cela arrivera s'ils sont touts deux tombés en faillite; car alors le porteur sera venu prendre un dividende dans chacune des deux masses. Dans cette hypothèse, pourront-ils agir simultanément contre le donneur d'ordre ou contre la masse, s'il est lui-même tombé en faillite, et pour quelle somme pourront-ils agir, ou bien l'un doit-il être primé par l'autre? Nous n'avons pas ici, comme dans l'espèce précédente, un choix odieux à faire entre le tireur et le tiré, aucun ne pouvant faire un bénéfice honteux, touts les deux *certant de damno vitando*. Par suite, nous déclarons, contrairement à l'opinion de M. Pardessus, qu'il ne doit point y avoir entr'eux de différence : nous leur permettrons d'exercer simultanément le recours contre le donneur d'ordre, parce qu'ils étaient touts les deux également obligés d'effectuer le paiement, puisque leurs noms se trouvaient sur la traite.

Mais pourront-ils agir chacun pour l'intégralité de la créance ou bien pour le dividende qu'il a payé? M. Horson pense que chacun peut agir pour l'intégralité de la créance. Il se fonde sur un principe admis en matière de faillites, savoir : « que la masse qui a payé son dividende sur une créance est réputée avoir payé la créance entière. » C'est faire là une fausse application de ce principe, qui, comme le dit M. Frémery, n'est vrai qu'en ce sens : « que la masse qui a payé son dividende sur une créance n'est plus soumise à aucun recours pour la même créance ; » mais si cette masse a elle-même quelque recours à exercer, elle n'a de créance, contre ses garants, que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a réellement payé, si non, il pourrait se faire que celui qui a payé 20 recevrait 60. D'après cela, nous permettrons au tireur et au tiré d'agir, en même temps, contre le donneur d'ordre, chacun pour la somme qu'il a payée réellement et non pour la créance entière ; car, autrement, le donneur d'ordre payerait deux fois cette même créance.

Il ne nous reste plus à parler que des lettres de change tirées à deux ou plusieurs exemplaires. Ces exemplaires portent le nom de duplicata.

Des duplicata.

La faculté de rédiger les lettres de change, en plusieurs exemplaires, est reconnue par le législateur dans l'art. 110 *in fine* et les art. 147 jusqu'à 151 inclusivement. Les auteurs et les commerçants ont mal interprêté et appliqué ces articles, parce qu'ils n'ont pas su se rendre compte du principe qui les a fait consacrer.

La question de savoir pourquoi les négociants émettaient des doubles dans les lettres de change, a été examinée sous un point de vue unique, tandis qu'elle présente deux physionomies différentes : de là confusion dans la pratique.

La lettre de change étant destinée à la circulation, ce but est plus facilement atteint lorsque le *papier est fait*, c'est-à-dire lorsque la traite est acceptée ; mais si l'acceptation est utile d'une part, surtout dans le cas où le tireur n'est pas très solvable, alors que le tiré jouit d'un grand crédit, de l'autre, la négociation est impossible pendant le

temps nécessaire pour obtenir l'acceptation. Tout se concilie parfaitement si l'on rédige deux exemplaires, dont l'un est envoyé à l'acceptation, tandis que l'autre est négocié.

Quoique l'acceptation devienne inutile dans certains cas, à cause de la grande solvabilité du tireur, l'avantage de plusieurs exemplaires se fait encore sentir, lorsque la lettre a une longue distance à parcourir, les mers à traverser, pour arriver à sa destination, de telle sorte, que le porteur ait à craindre la perte du titre, et d'éprouver, par suite, des difficultés pour le paiement. S'il en a un double, ces difficultés disparaissent; il peut le présenter et obtenir le montant de la traite.

Ainsi, les exemplaires peuvent être émis dans un double but; dans le premier cas dont nous avons parlé, nous leur donnons le nom *d'exemplaire de commodité*; dans le deuxième, celui *d'exemplaire de sûreté.*

Cela posé, occupons-nous d'abord des exemplaires de commodité. La formule, dans cette hypothèse, est conçue en ces termes :

Toulouse, le B. P. F.

Payez par cette 1re de change (la 2me chez M. N. à l'acceptation) à M. B. ou à son ordre, la somme de valeur reçue comptant, que vous passerez sur notre compte.

A. M. D., à Paris.

Signature du tireur : E.

N. désigne la personne chargée de requérir l'acceptation. Nous avons, par ce moyen, deux exemplaires, mais ils n'ont pas une importance égale, une existence séparée; ils sont destinés à se confondre et à ne former qu'un seul titre.

Il faut considérer séparément les droits et les devoirs des détenteurs de ces divers exemplaires. La personne chargée de procurer l'acceptation, n'est que dépositaire de l'exemplaire qu'elle a reçu, qui se trouve immobilisé dans ses mains, elle ne peut, ni l'endosser ni exiger le paiement. Une fois accepté, elle doit le garder et le tenir à la disposition du porteur de l'exemplaire livré à la circulation. Celui-ci a un double droit, il peut réclamer l'exemplaire envoyé à l'acceptatien, s'il en existe un, ou bien exercer une action personnelle contre celui qui a attesté son existence.

Les divers porteurs, aussi bien que le tireur, peuvent émettre des *Duplicata ;* celui d'entr'eux qui veut user de ce moyen, doit copier exactement la lettre de change avec les divers endossements qu'elle peut renfermer ; il ajoute ensuite ces mots : *jusqu'ici copie.* Il a ainsi deux titres, il en envoie un à l'acceptation et négocie l'autre. Il faut, de préférence, envoyer à l'acceptation le titre original, parce que, en général, le tiré n'accepte qu'en voyant *in formâ* la signature du tireur. L'endosseur indique sur cet original le point où s'arrête la circulation, afin qu'on ne puisse la négocier, car alors il y aurait deux traites en circulation.

A la formule que nous avons proposée, les commerçants ajoutent ces mots : *La deuxième ou la première demeurant non payée.* Pour peu qu'on réfléchisse sur ce qui précède, on reconnaît facilement la futilité d'une semblable énonciation, car il n'y a pas ici deux titres ayant une existence à part, l'un des exemplaires, nous l'avons déjà dit, appelle l'autre à lui, ils ne forment à eux qu'un seul titre, une seule lettre de change.

Le tiré ne doit pas payer lorsqu'un ne lui présente que l'exemplaire revêtu de son acceptation, car cet exemplaire n'est rien par lui-même ; l'autre l'attire à lui et l'absorbe. Le tiré peut, au contraire, valablement payer, bien qu'on ne lui présente que l'exemplaire destiné à la circulation. S'il le fait, il sera dûment libéré ; et, en effet, qui pourrait se prévaloir de l'exemplaire accepté ? Serait-ce la personne chargée de requérir l'acceptation ? non, sans doute, car nous avons dit qu'elle n'avait pas qualité, pour exiger le paiement, les tiers, à qui on l'aurait à tort négociée, ne peuvent pas non plus s'en prévaloir, car le tiré, devenant propriétaire de l'effet créé pour la circulation, a annihilé toutes leurs actions. D'après cela, je crois que ce que dit le législateur dans les art. 147 et 148, n'est nullement applicable aux exemplaires de commodité, mais seulement aux exemplaires de sûreté dont nous allons parler.

Les exemplaires de sûreté ont touts une valeur indépendante et principale, l'un n'attire plus l'autre vers lui, et c'est ici que l'on peut adopter la formule : *La deuxième ou la première demeurant non payée.*

L'émission de ces divers exemplaires également principaux présente dans la pratique de graves inconvénients qui ne se rencontrent pas dans la création des *exemplaires de commodité*. Les auteurs voudraient que le tiré averti qu'il existe plusieurs exemplaires en circulation, prît pour prévenir les fraudes, certaines précautions qui malheureusement ne sont pas indiquées par la loi ; ainsi, ils désireraient qu'il n'effectuât le paiement que lorsqu'on lui présenterait touts les exemplaires, qu'il consignât le montant de la lettre de change ou qu'il retardât le paiement 1 ou 2 jours. Mais ce retard lui-même n'est il pas contraire à la loi qui impose au porteur le devoir de protester si la lettre n'est pas soldée à l'échéance ; ce retard, il est vrai, présenterait peut-être des dangers moins graves que les fraudes qu'il peut faire éviter, aussi recommande-t-on d'y avoir recours dans la pratique.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'aucun de ces exemplaires n'avait été accepté ; l'acception apposée sur l'un d'eux apporte des modifications au principe qui les fait considérer comme ayant une valeur égale. Celui qui se trouve revêtu de l'acceptation est plus important, il l'emporte sur l'autre et ce n'est que sur sa présentation que le tiré peut valablement solder la traite. Cette modification se présente toujours dans la même hypothèse, en cas de perte de la lettre de change ; il suffit de voir à ce sujet les art. 150 et 151 de notre Code.

Il est possible de faire à la fois, et pour la même lettre de change, des exemplaires de *sûreté* et des exemplaires de *commodité* ; il y aura dans ce cas au moins trois exemplaires, formulés chacun, selon le but qu'il est destiné à atteindre ; on peut ainsi, quand les circonstances l'exigent, cumuler les avantages qui résultent de ces deux sortes d'exemplaires.

Il y aura alors un exemplaire envoyé à l'acceptation et les deux autres seront mis en circulation. Sur ces derniers on met la formule : « La troisième n'étant pas payée, vous payerez par cette 2e, (ou bien la 2e n'étant pas payée vous payerez par cette 3e (la première chez N. à l'acceptation.)

Les mots *la* 2e *et la* 3e *non payée* ne s'adressent plus ici, comme

d'ordinaire, au tiré, mais au détenteur de l'exemplaire sur lequel se trouve l'acceptation ; il remet ce dernier au porteur de l'un des autres exemplaires, afin qu'il puisse exiger le paiement.

Nous avons ainsi terminé tout ce que nous avions à dire sur les formes de la lettre de change.

DROIT ADMINISTRATIF.

Des conflits.

Avant d'aborder cette matière, nous allons poser quelques principes généraux pour fixer la compétence de chacune des deux autorités administrative et judiciaire.

On reconnaît en France trois sortes de pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Celui-ci se divise en *pouvoir exécutif pur et en administration active.*

Le *pouvoir exécutif* pur se révèle par des actes gouvernementaux, fait des ordonnances nécessaires à l'exécution de la loi, des réglements généraux d'ordre, de police et de sûreté publique. Il veille à l'intérêt de touts, sans s'occuper des individus pris isolément.

L'*administration active*, toujours en contact avec les citoyens, protège les intérêts généraux en surveillant l'action de chaque particulier; elle fait l'application de l'intérêt général à des cas spéciaux. Elle se subdivise en administration active au premier et au second chef.

Au premier chef elle touche des *intérêts*, et il n'y a point de recours admis contre ses actes; elle provoque de simples réclamations qui sont portées devant la jurisdiction gracieuse.

Au second chef, elle blesse des *droits* et on peut attaquer ses déci-

sions devant la jurisdiction contentieuse. On se pourvoit auprès des juges du contentieux, lorsque l'intérêt spécial, émanant de l'intérêt général, se trouve discuté en contact avec un droit privé.

D'après ce qui précède, les deux mots *intérêt* et *droit*, contiennent à eux seuls toute la compétence administrative. Si, contrairement aux principes, la loi admet ou rejette dans divers cas un recours, elle ne fait que consacrer des exceptions connues sous le nom de *déclassement*.

Pour que l'action du pouvoir exécutif fût, comme ses nombreuses attributions l'exigent, une, libre et énergique, l'autorité administrative devait être indépendante de l'autorité judiciaire, sans qu'il lui fût permis d'empiéter sur celle-ci. Aussi le dogme constitutionnel de la séparation des pouvoirs a-t-il été proclamé par la loi du 16-24 août 1790 qui déclare : « L'autorité administrative et judiciaire sont indépendantes l'une de l'autre. Chacune a une sphère d'actiòn toute différente, déterminée par des lois ou par la nature même des matières, et dans laquelle elle doit se renfermer. Il suit de là que : 1° si une affaire, de la compétence exclusive de l'une des autorités, est portée devant l'autre, celle-ci doit se refuser d'en connaître et ordonner le renvoi pour cause d'incompétence : 2° si à propos d'une question dont l'une des autorités est compétemment saisie, il s'élève un incident qui sorte de ses attributions, elle doit ordonner le renvoi, mais de la question incidente seulement; c'est ce qui on appelle *divisibilité* de *compétence*. Enfin de ce que le principe de la séparation des pouvoirs est d'ordre public, il résulte que les pouvoirs judiciaires et administratifs, pas plus que les simples particuliers, ne peuvent modifier les compétences en dérogeant à l'ordre des juridictions.

Exposons actuellement quelques principes propres à faire connaître les attributions de l'autorité judiciaire.

Il est défendu aux tribunaux de prononcer par voie de disposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises (art. 5, Code civil).

Il leur appartient de connaître de toute question de droit privé qui ne peut être résolue que par les principes du droit commun. — Ils ne peuvent troubler l'action du pouvoir exécutif, ni réformer les règle-

ments ou actes de l'administration, ni en suspendre les effets. Ils doivent en assurer l'exécution, s'ils ont été légalement rendus. Ils ne peuvent réclamer les contestations de leur compétence portées devant l'administration ni être dessaisies par elle d'une affaire pendante devant eux et qui ne rentre point dans leurs attributions, si ce n'est par la voie du *conflit*.

On appelle conflit la voie à suivre pour faire cesser la lutte qui existe entre deux autorités qui, toutes deux, revendiquent ou repoussent la même affaire.

Si la lutte s'engage entre deux tribunaux du même ordre judiciaires ou administratifs, le conflit est dit *conflit de juridiction;* il est réglé par le tribunal supérieur duquel ressortissent les deux tribunaux qui sont en désaccord.

Lorsqu'elle s'élève entre les autorités administrative et judiciaire, le conflit porte le nom de *conflit d'attribution* : si toutes les deux se déclarent compétentes, il y a *conflit positif*. Si, au contraire, elles se déclarent incompétentes, il y a *conflit négatif*.

Cela posé, nous dirons que le conflit positif est la voie instituée dans un but d'ordre public pour maintenir la séparation et l'indépendance pleine et entière des matières administratives et judiciaires, consacrées par la loi du 16-24 août 1790 dont l'art. 16 du titre 2 dispose : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Le défaut de règle sur la procédure en matière de conflit et sur le cas où il ne devait pas être permis de l'élever, avait donné lieu à de fréquents abus, et avait excité les réclamations de l'opinion publique : c'est pour satisfaire à ces vœux, qu'a été rendue l'ordonnance du 1er juin 1828 dont le principal défaut est de n'être pas une loi.

Tout ce que nous avons à dire sur cette matière, consiste à savoir, par qui et quand doit être élevé le conflit, dans quelle forme doit-il être élevé, comment et par qui il doit être instruit et vidé. Nous ferons

de ces questions autant de paragraphes. Nous dirons ensuite un mot du conflit négatif.

§ I. *Par qui et quand peut être élevé le conflit?*

L'autorité administrative peut seule élever le conflit, lorsqu'une affaire qui rentre dans ses attributions est portée devant les tribunaux judiciaires qui ne déclinent pas leur compétence.

Cet acte offre à l'administration le moyen assuré de défendre sa compétence contre les empiétements du pouvoir judiciaire. Les tribunaux, au contraire, n'ont aucun moyen pour repousser les envahissements de l'autorité administrative. Ce défaut de réciprocité a été blâmé par la plupart des auteurs et c'est peut-être à tort; car si un différend pendant devant les tribunaux peut être suspendu, sans inconvénient, pour la chose publique, parce qu'en général l'intérêt privé seul est en jeu, on ne pouvait, sans danger pour la sécurité de touts, entraver la marche de l'autorité administrative, saisie de questions concernant l'état, *unité nationale*, et qui exigent souvent une prompte solution. On pourrait ajouter d'ailleurs que le différend dont se trouve saisie l'administration, étant porté dans la plupart des cas par appel devant le conseil d'état, celui-ci renverra alors devant les tribunaux ordinaires si l'administration lui paraît avoir été incompétemment saisie.

De ce que l'autorité administrative seule peut élever le conflit, il ne s'ensuit pas que ses divers fonctionnaires aient qualité pour cela; ainsi il ne peut être élevé ni par le Conseil-d'Etat, ni par les ministres, ni par le conseil de préfecture: au préfet seul est réservé ce droit. Celui-ci peut former le conflit soit d'office, soit sur la réquisition du procureur du Roi ou des parties intéressées, soit sur l'invitation du ministre. Par son arrêté, le préfet ne peut, sans excéder ses pouvoirs, trancher ni préjuger le fond de la question, lors même qu'elle rentrerait dans sa compétence. Dans cette dernière hypothèse il doit attendre que le Conseil-d'Etat ait prononcé sur le conflit.

Le conflit ne doit être élevé que lorsque l'affaire est administrative de sa nature, parce que, dans ce cas seulement, la connaissance en est interdite aux tribunaux. Il suit de là que le conflit ne peut jamais

être élevé en matière criminelle, puisque ces sortes de questions sont éminemment judiciaires. Mais, disent les auteurs, il ne faut pas entendre l'article premier de l'ordonnance en ce sens que jamais dans un procès criminel il ne puisse s'élever une question qui ressorte de l'autorité administrative; par exemple, qu'un fait administratif n'ait besoin d'être préalablement reconnu; dans ce cas même, il n'y a pas lieu à conflit, et c'est à tort, selon nous, qu'il a été interdit. Il aurait fallu appliquer dans cette hypothèse le § 2 de l'art. 2 de l'ordonnance. Du même principe, qui exige que la contestation soit de la compétence de l'autorité administrative pour qu'elle puisse être saisie par la voie du conflit. Il résulte que celui-ci ne peut être élevé en matière de police correctionnelle, parce que la répression des délits correctionnels est attribuée, en général, à l'autorité judiciaire.

L'art. 2 de l'Ordonnance indique pourtant deux espèces où le conflit peut être élevé : 1° lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition de loi à l'autorité administrative : cette exception se justifie d'elle-même. Ainsi, d'après la loi du 29 floréal an X, les conseils de préfecture sont compétents pour examiner les contraventions en matière de grande voirie et condamner les contrevenants à l'amende et aux dépens. De même, d'après une autre loi, les maires et les conseils de préfecture connaissent des contraventions en matière de police de roulage. Dans ces divers cas, il y a attribution à l'autorité administrative, et le conflit peut être élevé si le tribunal correctionnel venait à en connaître.

La deuxième hypothèse réglée par l'art. 2 est relative au cas où le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'administration. Il peut, en effet, arriver très souvent que la culpabilité d'un prévenu soit subordonnée à une question qu'il appartient à l'autorité administrative de décider, et qui doit être vidée avant le jugement du fond; ainsi, un individu prévenu d'avoir coupé ou d'avoir arraché un arbre, se défend en disant qu'il était propriétaire du terrain et de l'arbre, aux termes d'un titre administratif : l'interprétation de ce titre appartenant à l'administration, le conflit peut être élevé. De même, dans le cas où un entrepreneur de travaux publics poursuivi correctionnellement pour avoir pris des

matériaux dans la propriété d'un particulier, se défend en disant qu'il n'a fait que se conformer au cahier des charges, la connaissance d'un tel acte appartenant à l'administration, le préfet pourrait élever le conflit.

L'ordonnance ne parle pas de conflits en matière de simple police. Nous ne croyons pas néanmoins qu'il faille en conclure que le conflit ne pourra jamais être élevé en cette matière, car ces tribunaux peuvent être saisis de certaines affaires qui rentrent dans la compétence de l'administration.

Ne donnent pas lieu à conflit : 1° le défaut d'autorisation, soit de la part du gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuivre ses agents, soit de la part du conseil de préfecture, lorsqu'il s'élève des procès dans lesquels les communes ou établissements publics sont intéressés, parce que ce défaut d'autorisation ne fait pas qu'un différend qui rentre dans la compétence judiciaire devienne par cela seul du ressort de l'autorité administrative ; ce défaut ne saurait changer l'ordre de juridiction.

Les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une autorisation du conseil d'état ; c'est là une garantie donnée aux fonctionnaires publics, établie dans leur intérêt personnel ; partant, le défaut de cette autorisation ne peut légitimer le conflit : il ne constitue qu'une irrégularité de procédure, une exception que le fonctionnaire poursuivi peut invoquer et que les tribunaux doivent accueillir. *Quid juris*, s'ils s'y refusent ?.....

Si la nature du litige était telle que l'administration fût compétente, le conflit pourrait être élevé, non à cause du défaut d'autorisation, mais bien à cause de la nature de l'affaire.

Pour ce qui concerne l'autorisation de plaider à accorder aux communes et aux établissements publics, elle ne constitue pas une décision sur le fond du procès, mais un simple avis sur la convenance du procès à intenter ou à soutenir. Le défaut de cette autorisation ne pouvait donc légitimer un conflit.

L'art. 3 de l'ordonnance s'occupe, dans le paragraphe 2, du cas où un particulier, qui veut plaider contre l'état, a négligé de présenter un mémoire au préfet pour lui exposer la demande qu'il se propose de

former : dans cette hypothèse le défaut de ce mémoire, comme dans les espèces précédentes le défaut d'autorisation, ne constitue qu'une exception qu'on pourra invoquer devant les tribunaux. Dans aucun de ces cas, l'administration ne peut soutenir : *Hanc juridictionem meam esse aio.*

Si le litige porté devant l'autorité judiciaire présentait à juger deux questions, l'une administrative et l'autre judiciaire, ce serait un cas de divisibilité de compétence, et le conflit pourrait être élevé pour revendiquer la question administrative.

La jurisprudence a long-temps varié sur le point de savoir à quel moment il n'est plus possible d'élever le conflit. On avait d'abord admis qu'il pouvait avoir lieu même lorsque les jugements ou arrêts avaient obtenu force de chose jugée ; on voulut ensuite qu'il ne pût plus être élevé dès que les délais de l'appel ou ceux accordés pour se pourvoir en cassation seraient expirés, ou même dès qu'on aurait acquiescé au jugement ou qu'on l'aurait exécuté. On avait encore adopté d'autres systèmes. Dans cet état de choses, il convenait de déterminer avec précision à quelle époque le conflit ne serait plus possible, afin de mettre ainsi un terme à toutes ces variations. C'est ce qu'a fait l'ordonnance de 1828, dont l'art. 4 décide, qu'en principe, il ne peut jamais être élevé de conflit après les jugements en dernier ressort, ni après les arrêts définitifs; mais le conflit pourrait être élevé jusqu'au jugement sur le fond, même après un jugement interlocutoire.

Un arrêt étant définitif, alors même qu'on peut l'attaquer par le recours en cassation, il s'ensuit que dès que l'arrêt est prononcé, le conflit devient inadmissible. Pareillement, si un jugement est rendu en dernier ressort, le conflit ne peut avoir lieu; néanmoins, si l'on appelle de la décision pour cause d'incompétence, le conflit peut être élevé en appel.

Il résulte, par argument *à contrario*, de la première partie de l'art. 4, qu'on peut élever le conflit après le jugement en premier ressort, mais ce n'est qu'autant qu'il y a appel interjeté; cela s'induit de la deuxième partie du même article. De même, si un jugement par défaut a été rendu, le conflit ne peut être élevé pendant le délai de l'opposition, mais seulement après l'opposition formée, parce que, tant

que la partie condamnée ne forme pas opposition, elle se tient pour satisfaite du jugement : il y a contrat judiciaire qui éteint le litige jusqu'à ce que l'opposition le fasse renaître.

Il résulte de la combinaison de l'art. 4 avec l'art. 8 que le préfet doit élever le conflit dans les délais déterminés par ce dernier article, s'il ne veut encourir déchéance dont il serait pourtant relevé, si l'une des parties interjetait appel. Si en attaquant, par une voie extraordinaire, un jugement ou arrêt, on venait à le faire annuler, le litige prenant de nouveau naissance, le droit d'élever le conflit revivrait en même temps; car il y aurait alors procès à juger et, par suite, matière à revendiquer de la part de l'administration.

De la défense d'élever le conflit après un jugement en dernier ressort ou un arrêt définitif, l'art. 4 excepte le cas où les tribunaux auraient statué, pendant le délai accordé à l'administration, pour élever le conflit; s'il en était autrement, les tribunaux pourraient commettre des excès de pouvoir et se jouer du droit de revendication accordé à l'autorité administrative.

§ II. — *Dans quelle forme doit être élevé le conflit?*

Cette forme est déterminée par l'art. 6 et suivants que nous allons analyser. Le vœu de l'ordonnance est que l'autorité judiciaire ne soit pas brutalement dessaisie comme elle l'était autrefois par un arrêté de conflit; c'est pour cela qu'elle exige qu'un déclinatoire soit préalablement proposé.

Lorsqu'un préfet pense qu'une question, portée devant le tribunal civil, ressort de l'autorité administrative, il peut, quoique l'administration ne soit pas en cause, demander le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente. A cet effet, il adresse au procurenr du roi un mémoire, dans lequel il transcrit la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige, afin de mettre le tribunal plus à même de prononcer sur sa compétence. Le procureur du roi donne au tribunal connaissance de la demande du préfet et requiert le renvoi si la revendication lui paraît fondée.

L'exception d'incompétence proposée par les parties litigantes ou

élevée d'office par le procureur du roi et rejetée par le tribunal, ne dispenserait pas le préfet de la remise préalable du mémoire, parce qu'un tel jugement est pour l'administration *res inter alios judicata*. D'ailleurs le tribunal, averti par le préfet, voyant le litige que sa détermination va faire naître, apportera plus d'attention à l'affaire, et reviendra peut-être sur la décision par laquelle il s'était déclaré compétent. Mais si le préfet, plaidant pour l'état, a décliné la compétence du tribunal qui a refusé de se dessaisir, nous pensons qu'il peut élever le conflit, sans proposer le déclinatoire, car il est plus qu'évident que le tribunal ne saurait se déjuger.

Lorsque le tribunal a statué sur sa compétence, le procureur du roi adresse au préfet, dans les cinq jours qui suivent, copie du jugement rendu sur le déclinatoire, et de ses conclusions et réquisitions, qui pourront éclairer le préfet et lui servir de guide. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné, pour fixer le point de départ du délai accordé au préfet pour élever le conflit, s'il y a lieu. Si déclinatoire est rejeté, dans les quinze jours de cet envoi, pour tout délai, lequel emporte déchéance, le préfet, s'il estime qu'il y a lieu, pourra élever le conflit; si, au contraire, le déclinatoire est admis, c'est-à-dire si le tribunal, s'étant reconnu incompétent, a renvoyé les parties devant l'autorité administrative, le conflit n'est pas nécessaire; mais si l'une des parties fait appel, la nécessité du conflit se fait de nouveau sentir, et le préfet pourra le former dans le délai de quinzaine.

Peut-il le faire *de plano* ou doit-il de nouveau proposer le déclinatoire? A ne consulter que l'art. 8, il paraît certain qu'il n'y a pas nécessité pour le préfet de renouveler le déclinatoire en appel, car le délai de quinzaine qui suit la signification de l'acte d'appel faite au préfet, serait insuffisante pour proposer le déclinatoire, le faire juger, envoyer l'arrêt au préfet, et rendre l'arrêté de conflit. Le conseil d'Etat, qui avait consacré la doctrine contraire, a changé de jurisprudence par arrêt du 22 mai 1840.

Il peut se faire que le préfet n'ait pas proposé le déclinatoire en première instance, parce qu'il a peut-être ignoré le litige jusqu'à ce que l'appel a été pendant devant le tribunal supérieur; dans ce cas, qui

n'est pas réglé par l'ordonnance, il faut raisonner par analogie, et déclarer que la marche à suivre est celle tracée pour élever le conflit en première instance. Le préfet pourra agir à toutes les phases de la procédure; il adressera son mémoire au chef du parquet près la cour ou le tribunal supérieur, lequel en donnera connaissance à la cour, et enverra ensuite l'arrêt au préfet, qui, dans les quinze jours, pourra élever le conflit, s'il y a lieu.

L'arrêté par lequel le préfet revendique la cause doit être revêtu de certaines formes : il doit être motivé, viser le jugement qui a repoussé le déclinatoire et contenir textuellement la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux. Par cette dernière disposition, qui est la plus importante, on a voulu empêcher le préfet de motiver vaguement son arrêté de conflit en se fondant sur la loi du 16-24 août 1790. Le défaut de cette insertion entraînerait la nullité du conflit.

Une fois le conflit élevé, le préfet doit faire déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal. On lui donne récépissé de ce dépôt sans délai et sans frais. Ce récépissé rédigé sur papier libre, doit être visé par le procureur du Roi. (Circul. min. du 5 juillet 1828).

Si dans le délai de quinzaine cet arrêté n'avait pas été déposé au greffe, le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire, mais il pourrait l'être devant le tribunal supérieur si on interjetait appel. — Ce délai de quinzaine est le même que celui dont parle l'art. 8. Ainsi, il n'y a qu'un délai unique, soit pour élever, soit pour communiquer le conflit. Si l'arrêté de conflit a été déposé au greffe dans le délai, le greffier le remet au procureur du roi qui le communique au tribunal réuni dans la chambre du Conseil et requiert qu'il soit sursis à toute procédure, conformément à l'art. 27 de la loi du 21 fructidor an III.

Si le greffier qui a reçu l'arrêté dans les délais a négligé de le remettre au procureur du roi, ou si celui-ci a omis de le communiquer au tribunal, ces négligences ne peuvent nuire aux droits de l'administration, de faire statuer sur le conflt et annuler le jugement rendu par le tribunal sur l'ignorance de l'arrêté de conflit.

Ici se présente naturellement la question de savoir si le tribunal est

obligé de surseoir sans examen, ou s'il a, au contraire, le droit de vérifier si le conflit est élevé dans les cas, les délais et les formes prescrites par l'ordonnance. Nous croyons que les tribunaux ont le droit d'examen et qu'ils pourront passer outre, si le conflit a été élevé dans des cas où l'ordonnance le défend, après les délais qu'elle détermine ou sans l'observation des formes qu'elle prescrit. Il serait en effet, comme le fait remarquer M. Duvergier, dérisoire que les dispositions écrites dans l'ordonnance ne pussent être appréciées par les tribunaux. Car alors, ceux-ci resteraient, comme par le passé, à la merci des préfets, et l'action serait provisoirement suspendue jusqu'à ce que le conseil d'Etat annulât l'arrêté illégal rendu par le préfet. Au surplus, l'opinion que nous soutenons semble résulter du texte même de l'art. 12. Le droit d'examen des tribunaux ne peut porter que sur les trois circonstances que nous avons indiquées : hors de ces cas, ils doivent surseoir, quelqu'évidente que leur paraisse l'erreur du préfet sur la compétence qu'il revendique. Après l'arrêté de conflit le tribunal ne pourrait pas même se déclarer incompétent, et de son côté, le préfet ne pourrait pas non-plus rapporter son arrêté.

Après la communication dont nous venons de parler, l'arrêté du préfet et les autres pièces sont rétablies au greffe où elles restent déposées pendant quinze jours ; le procureur du roi en prévient de suite, par lettre, les parties ou leur avoués qui peuvent en prendre connaissance sans déplacement, et remettre dans la quinzaine, entre les mains du procureur du roi, leurs observations sur la question de compétence avec tous les documents à l'appui ; elles peuvent encore adresser d'autres observations directement au secrétariat du conseil d'état.

Ce délai, une fois expiré, le procureur du roi informe immédiatement le garde des sceaux de l'accomplissement de toutes ces formalités, et lui transmet en même temps l'arrêté du préfet, ses propres observations et celles des parties avec toutes les pièces, dont il joint un inventaire au dossier. La date de l'envoi est consignée sur un registre à ce destiné. Dans les vingt-quatre heures de la réception, le ministre remet les pièces au secrétariat du Conseil-d'Etat et en donne avis au magistrat qui les lui a transmises. Si le conflit était élevé en matière correctionnelle, dans les cas prévus par l'Ordonnance, il serait procédé conformément à ce qui vient d'être dit.

Des dispositions de l'article 6, qui ne parlent que des tribunaux de première instance et de l'ensemble des formalités nécessaires pour élever le conflit, on a conclu qu'il ne pouvait être élevé devant les tribunaux de commerce, ni les justices de paix, où l'on ne trouve pas un organe du ministère public, qui puisse servir d'intermédiaire entre le préfet et le tribunal, et remplir les obligations imposées au procureur du roi : telle est la jurisprudence constante du conseil d'Etat. Nous croyons pourtant que la doctrine contraire devrait être adoptée afin de ne pas violer ouvertement la loi qui établit la séparation des pouvoirs.

§ III. — *Comment et par qui sont vidés les conflits ?*

De ce que le conflit a pour objet de mantenir la séparation des pouvoirs et prévenir leurs envahissements, il suit que c'est au roi en conseil d'état qu'appartient le réglement des conflits d'attributions. Il y est statué au vu des pièces et observations dont nous avons parlé et des mémoires qui auraient été produits par les parties et leurs avocats, dans le délai de deux mois à dater de l'envoi, fait au ministre de la justice, des pièces énumérées dans l'art. 6 de l'ordonnance du 12 mars 1831, savoir : la citation, les conclusions des parties, le déclinatoire proposé par le préfet, le jugement de compétence et l'arrêté de conflit. Le rapport de l'affaire élaboré au comité de législation, est fait à l'assemblée générale du conseil, puis les avocats des parties présentent des observations, le maître des requêtes ou auditeur renplissant les fonctions de ministère public est entendu, et la décésion est prononcée en assemblée générale et en séance publique.

L'opposition, la tierce-opposition et la requête civile sont-elles admises contre l'ordonnance qui a statué sur le conflit ? La négative semble résulter de l'art. 6 de l'ordonnance du 12 mars 1821. Si le délai de deux mois expire sans qu'il ait été statué sur le conflit, l'arrêté qui l'a élevé est considéré comme non avenu, et l'instance peut-être reprise devant le tribunal sans qu'il soit besoin d'attendre que le troisième mois soit expiré. De la combinaison des art. 7 de

l'ordonnance du 12 mars 1831 et 16 de celle de 1828, il semble résulter, comme le fait observer M. Duvergier, que, le délai de deux mois expiré sans que le conseil d'Etat ait prononcé, l'instance peut être reprise, mais à la charge de prouver que le conseil d'Etat n'a pas réellement prononcé : au contraire lorsque le troisième mois s'est écoulé, il y a présomption que le conseil d'Etat a statué sur le conflit et l'instance peut être reprise sans qu'aucune justification soit nécessaire.

Le conseil-d'État ne peut, s'il n'y a eu conflit élevé, dessaisir l'autorité judiciaire incompétemment saisie. En statuant sur le conflit, il ne revendique que ce qui est administratif dans la cause et annule les jugements ou arrêts rendus malgré l'arrêté de conflit. Il n'indique point aux parties le tribunal judiciaire ou administratif qu'elles doivent saisir. La décision sur le règlement de conflit ne juge pas le fond de la contestation; elle la laisse intacte et ne tranche que la question de compétence. Cette décision n'est pas, à vrai dire, un jugement, mais bien un acte de haute administration rendu par le roi en conseil-d'État. Si le conflit est annulé, la procédure reprend son cours devant le tribunal saisi; si, au contraire, il est confirmé, l'autorité judiciaire se trouve tout-à-fait dessaisie, et l'assignation, la procédure et les jugements ou arrêts rendus sont réputés non avenus.

Du conflit négatif.

Il y a lieu à conflit négatif lorsque les deux autorités judiciaires et administratives, sur une même question et entre les mêmes parties, se sont déclarées incompétentes. Ce n'est pas, à proprement parler, un conflit, c'est plutôt un règlement de juges, qui devient nécessaire. Deux voies sont ouvertes aux parties pour obtenir des juges : le recours direct par appel ou autrement dans l'ordre hiérarchique contre les décisions des autorités qui se sont déclarées incompétentes, et le règlement des juges devant le conseil-d'Etat où l'instance s'introduit par requête avec constitution d'avocat. Elle est instruite et jugée comme une affaire contentieuse ordinaire, avec pourtant cette différence, que le défendeur ne peut se prévaloir des déchéances qui n'entraînerait que des

lenteurs et des frais frustratoires, puisqu'en définitive il faudrait recommencer la procédure, afin d'obtenir des juges pour statuer sur la question en litige.

La voie du règlement de juges devant le conseil-d'Etat, est toujours plus sûre, et souvent plus économique que le recours devant le tribunal supérieur dans l'ordre hiérarchique, parce que bien souvent celui-ci ne mène à aucun résultat positif.

Vu par le président de la thèse,

DELPECH.

Cette thèse sera soutenue le 8 *août* 1843.

Toulouse, imprimerie de Laurent CHAPELLE, petite rue Saint-Rome, 1.