

20,039
FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT,

SOUTENUE PAR

M. DEVOISINS (MARIE-HIPPOLYTE),

Né à Carcassens (Tarn).

Code Civil.

De l'effet des conventions à l'égard des parties non contractantes, (1165, 1166, 1167).

La convention n'est, d'après la belle définition de la loi romaine, que l'accord de plusieurs volontés sur une même chose, *plurium in idem placitum consensus*. L'accord de plusieurs volontés suppose un désaccord antérieur; ou bien des besoins ou des désirs à satisfaire. Mais tout désaccord, tout besoin, tout désir est une cause de trouble dans la société; cette cause serait rendue permanente par la jouissance exclusive des biens: l'égoïsme multiplierait ces discordes à l'infini. Ce serait là une nécessité, amenée par la nature humaine, essentiellement imparfaite. Les conven-

tions sont le remède incessant de ces discordes ; ce sont des traites de paix, *pacta*. Les conventions établissent un échange continuel des biens ; elles suppléent à la communauté primitive. Aussi la parole donnée et reçue est un fondement de l'ordre social. Les conventions devaient donc être placées sous la sauvegarde de la loi. Elle a donné à chacun des contractants le droit de contraindre l'infidèle à exécuter ce qu'il avait promis. La liberté d'action a été restreinte par la volonté. C'est là une vérité peut-être mystérieuse ; mais éclatante , innée , indestructible dans la conscience des hommes , à laquelle se rattache l'existence de toute société.

Les conventions sanctionnées par la loi , établissent entre les contractants un rapport obligatoire et personnel , fondé sur leurs besoins ou leurs désirs ; c'est dans cette unique vue que la volonté des uns a été enchaînée par la volonté des autres. C'était là tout ce qu'exigeait l'ordre social. Mais le consentement étant l'essence de toute convention , et l'individualité personnelle reconnue , comment un individu pourrait-il lier deux personnes l'une à l'autre ? Pourrait-il en général connaître et apprécier leurs besoins et leurs désirs ? Si les promesses réciproques des contractants sont garanties par la loi , nous venons d'en donner la raison ; mais dans ce cas-ci , la nécessité sociale revendique-t-elle les mêmes exigences ? Voudrait-on se faire un jeu de la personnalité humaine , et autoriser chacun à se substituer à la place d'un autre , à son insu et peut-être malgré lui ? Si la convention lui était avantageuse en apparence , le serait-elle toujours en réalité ? Comment forcer quelqu'un à la reconnaissance , le gain serait-il toujours moral ! Et si la convention était onéreuse , déclarer l'obligation du tiers valable , ne serait-ce pas une rigueur tyrannique et ridicule ? Aussi , dans tous les temps et chez tous les peuples , le principe : que les conventions ne peuvent profiter ni nuire aux tiers qui n'y sont pas intervenus , a été regardé

comme une vérité si incontestable , qu'on peut la considérer comme triviale. A Rome , où l'individualisme a été poussé à l'extrême dans la personne, dans la famille et dans l'état, les jurisconsultes craignaient toujours d'y porter atteinte.

Cependant le législateur a cru devoir faire quelques précisions ou établir quelques modifications à ce principe. Nous les rechercherons en examinant leurs bases. Ce sera l'objet d'un premier chapitre.

D'un autre côté , les créanciers d'un individu ne peuvent être assimilés à des tiers proprement dit ; leur contrat a restreint dans le débiteur sa liberté. L'examen des droits des créanciers fera l'objet d'un second chapitre.

CHAPITRE PREMIER.

De l'effet des conventions à l'égard des tiers.

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne leur profitent que dans les cas prévus » par l'art. 1121. (1165). » Voilà la manière dont le Code établit le principe incontestable dont nous venons d'examiner la base. Cet article garantit pleinement l'indépendance des personnes et de leurs intérêts. Il est fécond en conséquences disséminées dans le Code , dont la plus importante est relative à la chose jugée notamment, art. 1599, 2005, 2051 C. civ., 1022 C. pr.

Cependant, l'art. 1165 reçoit une notable exception en matière de prescription par dix ou vingt ans (2265). Il en est de même en matière de commerce dans le cas de concordat. Ces deux exceptions , quoique d'un ordre différent, sont toutes deux basées sur l'intérêt général. D'après l'article 1287, la caution peut se prévaloir de la remise de la dette faite par le créancier ; et généralement toutes les fois

qu'un débiteur principal éteint la dette, ceux qui étaient tenus du paiement avec lui ou subsidiairement, sont libérés. Est-ceici une exception à l'art. 1165. Nous sommes portés à ne pas le croire. S'ils ne sont plus tenus à payer, c'est que la dette pour laquelle ils s'étaient engagés n'existe pas. Si un nouveau lien obligatoire se forme entre le débiteur principal et le créancier, les autres parties ne sont nullement engagées si elles n'y ont accédé. C'est encore une application de l'art. 1165. Les lois romaines 62 ff. *de pactis*, et 27, § 2, h. t., contiennent deux solutions opposées; la question n'est pas douteuse dans notre droit.

L'art. 1165 ne doit pas seulement être combiné avec l'art. 1221, ainsi que semblerait l'indiquer son texte, mais il faut encore le rapprocher des art. 1119, 1120, 1122 des principes qui régissent le mandat légal ou conventionnel, et le quasi-contrat *negotiorum gestio*. Pour développer notre théorie, nous allons diviser notre matière en deux sections. Dans la première, nous examinerons les effets des conventions à l'égard des tiers, *sensu stricto*. Dans la seconde, leurs effets à l'égard des héritiers.

SECTION PREMIÈRE.

Des effets des conventions à l'égard des tiers, (sensu stricto).

Nous proposerons encore ici une division. Nous allons examiner 1^o le cas où les parties contractantes agissent en leur propre nom; 2^o le cas où elles se présentent comme instrument d'un tiers.

§ 1^{er}. — *Du cas où les parties contractantes agissent en leur nom.*

« 1^o On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même (1119). » Cet article

n'est guère clair. On ne peut, en son propre nom, s'engager que pour soi-même. Mais le cautionnement est un contrat par lequel on s'engage en son propre nom pour un autre. (2111). De même, celui qui vient s'obliger pour un autre libère ce dernier (1271). Que veut donc dire l'article 1119 ? Le mot *s'engager* doit être entendu en ce sens : promettre le fait d'autrui. Stipuler, en droit français, c'est jouer le rôle de créancier. « *Promettre ou stipuler en son propre nom,* » c'est se présenter comme jouant en son propre nom, le rôle de créancier ou d'obligé. « *Que pour soi-même,* » cela veut dire promettre son propre fait ou acquérir une créance pour son propre intérêt et non pour l'intérêt d'autrui.

Ainsi, celui qui promet le fait d'autrui fait un contrat stérile. Il ne s'oblige pas lui-même ; il ne l'a pas voulu ; il n'oblige pas les autres, il ne l'a pas pu.

Ainsi encore, il faut que la réalisation de l'obligation soit utile au créancier, car s'il n'a pas d'intérêt, il ne pourra pas agir en justice. Si le tiers de qui j'ai stipulé qu'il bâtirait une maison à Pierre ne veut pas la bâtir, je ne puis pas agir en justice, il est impossible de demander des dommages intérêts, car je n'ai souffert aucune perte ; il n'y a aucune appréciation à faire. (2 19 et 20 *inst. de inut. stipu.*)

L'intérêt qui rend la convention valable doit être un intérêt appréciable en argent, et non un intérêt de pure affection. La loi romaine nous en fournit un exemple. Si le père stipule avec son gendre, que ce dernier rendra la dot au frère émancipé de la future, la convention sera stérile, (loi 26, C. de jur. dolium). Il en serait de même d'une pure stipulation pour son frère, (Pothier, des Oblig. no 34).

Ce n'est pas, du reste, stipuler pour un autre que de convenir qu'un tiers sera chargé de recevoir le paiement.

C'est un mandat donné au tiers. L'obligation est toute entière dans l'intérêt du contractant.

L'absence d'intérêt étant la cause viciant le contrat, il suit de là que lorsque je suis obligé à faire quelque chose pour un tiers, si je stipule avec vous que vous ferez cette chose à ma place, ayant intérêt à cette convention, pouvant demander des dommages intérêts en cas d'inexécution, l'obligation sera valable. Quoique l'intérêt ne soit pas apparent, la stipulation pour un tiers n'en est pas moins valable, si l'on a stipulé des dommages-intérêts pour le cas où le fait du promettant ne serait pas accompli. Il en est de même si dans la convention on a inséré une clause pénale équivalente pour le créancier, à des dommages intérêts, (*inst.*, § 19, h. t.) Ici l'exécution par un tiers ne peut-elle pas être considérée comme un événement futur et incertain qui, s'il n'arrive pas, rendra valable l'obligation des dommages intérêts fixés par la clause pénale, devenue par là obligation principale. Et si l'on veut que cette obligation reste toujours obligation accessoire, qu'importe que l'intérêt ne soit pas apparent et appréciable pour tous ? N'est-il pas appréciable pour les parties, leur contrat ne l'estime-t-il pas ?

Examinons maintenant les modifications faites à ces principes par les art. 1120 et 1121.

« 2^o Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement (1120). » Cet article commence par le mot *néanmoins*, ce qui indique une exception. Elle consiste en ceci : c'est que d'après l'art. 1119 le contrat serait radicalement nul ; tandis que dans le cas de l'art. 1120 il ne l'est point. L'art. 1120 dit : Si le tiers ratifie, le contrat est parfait ; mais s'il ne veut pas ratifier, le contrat sera nul quant à lui. Les parties contractantes n'ont

pas pu l'engager. La position de ce tiers reste toujours la même. Ce n'est pas contre lui qu'est formulée l'exception; c'est contre la partie contractante. Si le tiers ne se lie pas, elle se lie elle-même personnellement; et comme elle ne peut suppléer à l'obligation de l'autre qu'elle a promise, elle est obligée à réparer le dommage, à payer des dommages-intérêts. C'est à cela que se réduisent toutes les obligations de faire. — Reste à savoir dans quels cas on se porte fort.

Le contrat verbal, en droit romain, était un contrat *stricti juris* consistant en paroles techniques et solennelles. Quand on avait dit : *promitto alienum facturum*, on n'avait rien fait, on ne pouvait promettre que sa propre chose. Si quelqu'un voulait promettre le fait d'autrui, il devait en même temps promettre la peine. Conformément à ces principes, certains auteurs, entr'autres M. Duranton, disent que pour s'obliger il faut se *porter fort*, sauf néanmoins quelques exceptions; et que si l'on n'admettait pas la théorie romaine, l'art. 1120 serait tout-à-fait inutile. Nous ne saurions partager cette opinion. Nous la concevons en droit romain, mais quand le formalisme étroit des stipulations a été abrogé, quand l'intention des parties a prédominé sur les termes dont elles s'étaient servies, nous ne la concevons plus. Grotius, Vinnius et Pothier l'avaient rejetée comme contraire au génie de la législation française. Aussi regardons-nous comme obligée toute personne qui aura promis de faire procurer la chose par un tiers. On doit, comme le disait Pothier, « présumer assez facilement qu'un autre n'a pas entendu seulement *de alio promittere*, *sed de se*. » M. Bigeat-Preameneu ne disait-il pas, dans l'exposé des motifs, (Fenet., t. 13, p. 224). « L'action en indemnité pour refus d'obligation du tiers, contre la personne qui a donné cette promesse, appartient à celui auquel on a promis le fait du tiers. »

Les art. 1119 et 1120 quoique paraissant opposés, se rattachent à un principe qui les domine l'un et l'autre et auquel tout ce que nous avons dit peut servir de développement. Ce principe est celui-ci : Lorsque l'obligation n'est pas *évaluable* en dommages-intérêts, qu'il n'y a pas possibilité de coercition légale, elle ne vaut pas ; mais toutes les fois qu'il y aura possibilité d'évaluation ou de coercition , l'obligation vaudra. Voilà la règle générale que nous proposons sur cette matière.

« 3^o On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même , ou d'une donation que l'on fait à un autre ; celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter (1121). » Cet article ne contient pas de véritable exception aux art. 1165 et 1119. L'article dit : *Si le tiers déclare vouloir en profiter ;* on ne peut donc pas plus lier un tiers à son profit que l'obliger. Sa position est toujours la même ; il profitera s'il le veut. Néanmoins le tiers voit sa position améliorée, si l'on donne force légale à la convention. C'est une offre dont il peut profiter et qui serait inefficace si la convention elle-même était frappée de stérilité.

Celui qui joue le rôle de créancier et qui s'est fait promettre pour un tiers quelque chose à quoi il n'a pas intérêt, n'a pas, d'après l'art. 1119, acquis valablement d'obligation. L'impossibilité de stipuler en son propre nom au profit d'un autre, vient de ce qu'il n'y a pas des moyens coercitifs. Mais s'il y a des moyens coercitifs, l'obligation sera valable. L'art. 1121 renferme deux cas dans lesquels , quoiqu'il n'y ait pas d'intérêt pour le stipulant, il y a, néanmoins, des moyens coercitifs. Pothier avait déjà énuméré les mêmes cas. Après avoir dit que « ce qui concerne l'intérêt des autres ne peut être l'objet de notre convention, parce que nous ne pouvons pas légalement nous occuper des

intérêts d'autrui, » Pothier ajoutait : « mais cela peut être *in conditione aut in modo*. » — Les deux cas de l'art. 1121 doivent être généralisés et étendus à tous les cas, où il y a un moyen quelconque de contrainte. Aussi, comme règle générale en cette matière, nous posons la suivante : Si celui qui a stipulé au profit d'un autre a un moyen de contrainte légale, l'obligation est valable, au contraire elle ne le sera pas, s'il n'y a pas moyen de contrainte légale. — Tels étaient, aussi, les principes de la loi romaine.

Quelques explications sur l'art. 1121 nous paraissent nécessaires. Le mot *condition* a en droit deux significations, tantôt il désigne un événement futur et incertain, tantôt il est pris comme synonyme de charge (comp. art. 1181 et 952.) Si l'on prend le mot *condition* dans le cas de charge, l'art. 1121 devient fort clair. Je vous vends ou je vous donne ma maison, à la charge par vous de faire une pension à ma sœur. Si vous ne le faites pas, je puis demander la résolution de la vente ou de la donation, j'ai un moyen coercitif. C'est bien là une application du principe que nous avons posé. Mais si les parties contractantes ont pris le mot *condition*, dans le sens d'événement futur et incertain, certainement leur contrat serait valable; mais ce ne sera plus le cas prévu par l'art. 1121. Le tiers pourra recevoir si on veut bien lui donner; mais par sa ratification il ne pourra acquérir un droit à la chose. Pour savoir dans quel sens doit être pris le mot *condition*, on devra rechercher la commune intention des parties.

Dans les rapports établis par l'art. 1121 entre le stipulant et le tiers, le premier fait au second une véritable libéralité, il fait une offre, libre à l'autre de l'accepter; tant qu'elle ne l'aura pas été, le stipulant pourra la révoquer. Mais l'acceptation devra-t-elle être faite suivant les formes rigoureuses exigées en matière de donation? La doctrine et la jurisprudence ne sanctionnent pas une belle rigidité.

Il est admis que, lorsque la libéralité est indirecte ou lorsqu'elle n'est qu'une condition, un mode, un accessoire d'une convention principale, l'on n'est pas restreint aux formes des donations directes et principales. L'acceptation pourra donc être faite de toutes les manières par acte sous seing-privé.... etc.

Quand cette acceptation sera-t-elle possible ? Quels sont les effets de la révocation faite par le stipulant ? Quels sont les effets du défaut d'acceptation ? Telles sont les questions que nous avons à examiner sur cette matière.

Le tiers ne peut plus accepter l'offre qui lui est faite, lorsqu'elle a été révoquée. L'art. 1121 et les discussions de la loi ne laissent aucun doute à ce sujet. Du reste, le droit de révocation a été concédé au stipulant seul.

Ordinairement, c'est le stipulant qui a un intérêt soit pécuniaire, soit d'affection, à la stipulation qu'il fait pour un tiers. Mais supposons un cas où le stipulant et le promettant aient tous deux intérêt à l'exécution de la chose promise, comme, par exemple, s'il s'agissait de donner une somme à leur mère commune. Dans ce cas, le stipulant pourra-t-il révoquer seul la libéralité ? Quant à nous, nous ne voyons pas pourquoi il ne le pourrait pas. D'abord le texte de la loi nous paraît très clair ; et puis, n'est-ce pas lui qui a fait l'offre ? N'est-ce pas lui qui, à cause de sa convention ou donation antérieure, a seul un moyen coercitif. Le promettant, s'il a intention de donner, ne le pourra-t-il pas après la révocation, comme il le devait avant ?

Prenons un autre cas. Le stipulant n'a pas révoqué mais il est mort ; le tiers pourra-t-il accepter ? M. Duranton le pense. Il suppose que le principe savoir : que le concours des volontés doit exister, pour qu'un droit soit conféré par acte entre vifs, reçoit ici une modification. La loi romaine, l'ancienne jurisprudence et la nature de la libéralité paraissent à ses yeux justifier la modification. La loi 3 code don.

quæ sub modo... donnait une action utile aux tiers, et la donnait d'une manière indéfinie, tandis que la loi 2 ff *de donnat.* précisait pour les donataires ordinaires. Sous l'ancienne jurisprudence, ceux même qui prétendaient que les contractants, pouvaient révoquer l'offre faite, disaient néanmoins qu'elle devenait irrévocable par la mort de l'un des contractants, ce qui supposait que, malgré la non acceptation des tiers, elle pouvait avoir quelque effet. Du reste, il faut remarquer qu'il ne s'agit pas d'une donation directe, ni par conséquent des rigueurs légales, qui y sont attachées. Cependant M. Duranton admet, et ceci contrairement à l'opinion des anciens auteurs, que les héritiers du stipulant, peuvent révoquer la libéralité; qu'ils ont, quand il ne s'agit pas de révocation testamentaire, les mêmes droits que leur auteur.

Les raisons données par M. Duranton, ne nous paraissent guère concluantes. Pourquoi invoquer la loi et la jurisprudence antérieures au code, qui n'étaient pas bien explicites sur la question? L'art. 1121 n'a-t-il pas renversé les anciens principes, en attribuant le droit de révoquer au stipulant seul? Et d'ailleurs où sont les motifs de la dérogation? Qu'on n'observe pas toutes les formalités des donations qui nous paraissent trop rigoureuses, nous y donnons volontiers les mains; mais pourquoi changer ce qu'il y a de substantiel dans le contrat, le concours des volontés?

Si nous avons résolu ainsi cette question, à plus forte raison résoudrons-nous dans le même sens la question suivante. Les héritiers du tiers peuvent-ils accepter après sa mort? C'est le plus souvent par considération personnelle qu'on stipule au profit d'un autre.

Nous supposons maintenant que le tiers a pu accepter et qu'il a accepté. Quels sont les effets de cette acceptation. D'après les premiers principes du droit romain, le tiers n'avait pas d'action. L'inexécution des charges, *ob causam*

dati, causa non secuta, fournissait seulement au donateur l'action en révocation de la donation ; mais la loi 3 cod. *de donat. qua sub...* donna une action au tiers *contra subtilitatem juris utilitate ita exigente, et sola æquitate*. Dans nos principes, le tiers par son acceptation s'appropriant le contrat valable, aura une action contre le promettant.

Nous arrivons enfin, à la dernière espèce qui peut se présenter. Le tiers ne veut pas accepter ; le stipulant pourra-t-il exiger l'exécution à son profit ? Le promettant pourra lui dire : « Je ne me suis pas engagé à payer ou à donner à vous, mais à un autre. » Nous admettrions sa réponse, si le promettant avait un intérêt même non appréciable en argent, à exécuter à l'égard du tiers, par exemple, s'il s'agissait de donner à son père, à sa mère ; ici, il s'agit d'une interprétation de contrat, qui n'a peut-être eu lieu qu'en considération de la personne. Mais sa réponse nous paraîtrait trop rigoureuse ; si la stipulation avait eu lieu en réalité dans l'intérêt du stipulant, ou si l'intérêt quelconque du promettant, n'était pas froissé par ce changement de personnes. Nous ne nous dissimulons pas que peut-être ici nous tempérons le droit par l'équité. Au reste nous livrons tout, en cette matière, à l'arbitraire du juge, qui devra rechercher la commune intention des parties contractantes. Souvent le promettant ne sera tenu envers personne, même dans le fort intérieur.

Si dans la stipulation faite au profit d'un tiers, le stipulant ne s'est pas réservé un moyen coercitif, en droit la stipulation sera nulle ; mais y aura-t-il une obligation naturelle ? Sous la romaine l'ancienne législation, les jurisconsultes résolvaient affirmativement la question. Ils reconnaissaient une obligation naturelle par rapport au stipulant ; ils invoquaient la maxime *hominis interest alterum hominem beneficia officii*. Les principes du droit naturel sont toujours les mêmes.

§ II. — Du cas où le stipulant agit comme instrument du tiers.

Malgré le principe que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard d'un tiers, il peut arriver souvent qu'en traitant pour un tiers on lie ce tiers ou l'on acquière pour lui. Ce sont les cas où l'on est mandataire ou gérant d'affaires 1^o *mandataire*. Ici nous abandonnons le droit romain, que nous avons suivi dans l'explication des art 1119, 1120, 1121. En droit romain, nul ne pouvait acquérir une créance pour un autre. Le créancier devait jouer lui-même son rôle (inst. l. 2, t. 9.) Le mandataire acquérait pour lui, puis par un nouveau contrat, il transportait au mandant le bénéfice de son contrat antérieur. Le système de la représentation a reçu, dans notre droit, une transformation essentielle, radicale. Les mandataires ont pu lier directement les mandants et acquérir pour eux. Le mandant est tenu d'exécuter les engagements formés par le mandataire dans les limites de son mandat (1998). La révocation ne peut plus être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation. Le mandant peut agir directement contre les personnes que le mandataire s'est substituées (1994). Cet article doit être généralisé et appliqué dans tous les cas où la nature de l'affaire et l'équité le réclament. Ainsi lorsqu'il s'agit de ma chose. Je la dépose chez quelqu'un qui, à son tour, la dépose chez un autre; je dois avoir une action directe contre ce dernier. La loi romaine l'accordait. En cette matière, notre droit étant bien moins rigoureux, il serait tout-à-fait déraisonnable de la refuser dans ce cas...

Au mandat conventionnel, il faut assimiler le mandat légal. Ainsi, le père administrateur, le tuteur, le mari, les ascendants, les syndics... ont les mêmes pouvoirs que les mandataires conventionnels, dans les cas, bien entendu, où la loi leur donne mandat.

2^o *Gérant d'affaires.* Nous ferons observer ici, comme pour le mandat, qu'il faut laisser à l'écart les lois romaines édictées, dans des vues toutes différentes. Dans notre droit le gérant d'affaires représente le maître. « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore; celui qui gère contracte l'obligation de continuer la gestion.... il se soumet à toutes les obligations, qui résulteraient d'un mandat exprès, que lui aurait donné le propriétaire » (1372) et l'art. 1375 ajoute: « Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, (au nom de lui maître) l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. » « Celui qui commence à gérer contracte l'obligation de continuer la gestion (1373). » Cette espèce n'est-elle pas identique avec celle prévue par l'art. 1119? Il ne le faut pas, sans quoi il y aurait antinomie dans la loi. Ici il s'agit du quasi-contrat *negotiorum gestio*, dont l'existence est livrée à l'appréciation du juge. Souvent la nature de l'affaire, la qualité des parties, seront des indices puissants: ainsi ce sera un mari qui agira pour sa femme, une personne pour ses co-propriétaires; le quasi-contrat pourra facilement être reconnu.

Le gérant d'affaires a lui-même intérêt en stipulant, car il a intérêt à ce que la chose soit bien gérée, il acquiert une créance contre un tiers puisqu'il y a intérêt, et dès-lors il acquiert la créance pour le maître. Il y a une sorte de transport tacite de créance; il se fait une cession immédiate par la puissance de la loi.

Jusqu'ici pas de difficulté; mais nous arrivons à une question ardue que M. Duranton, surtout, a développé avec talent. Nous l'avons placée ici parce qu'elle suppose l'intelligence de tout ce que nous avons dit plus haut. Peut-on se

porter gérant d'affaires pour un acte unique de gestion, ou peut-on se porter fort pour faire acquérir à autrui, comme on peut se porter fort pour l'obliger? On argumente pour la négative de plusieurs lois romaines, du n^o 59 de Pothier, de l'art. 5 de l'ord. de 1731, et de la combinaison des articles 1119, 1120 et 1121 C. civ.

Nous déclinons d'abord l'application des lois romaines. Les principes en matière de représentation d'une personne, par une autre, sont tout-à-fait différents. La transformation avait déjà eu lieu sous l'ancienne jurisprudence. Le n^o 59 de Pothier paraît en opposition avec le n^o 60, et plus bas le n^o 75 est formel : Celui qui se constitue gérant d'affaires d'autrui au nom d'autrui, qui se constitue son représentant, a acquis pour cette personne, pourvu qu'elle consente à agréer et qu'elle ratifie ; la ratification la fera considérer comme ayant directement contracté, avec le tiers, peu importe qu'il y ait des actes antérieurs qui aient lié le gérant... Pothier expose très nettement son opinion dans les termes suivants : « Si c'était au nom d'un tiers, comme ayant été chargé et me faisant fort de lui, que nous serions convenus que vous lui donneriez ou feriez pour lui quelque chose, ce serait ce tiers qui serait censé avoir contracté avec vous, par mon ministère et non pas moi (n^o 55 *infra*.) » Et plus bas, après avoir reproduit la même idée, en termes peut-être plus énergiques, il ajoute : « Et si je contracte au nom d'une personne qui ne m'avait pas donné de procuration, sa ratification la fera pareillement réputer comme ayant elle-même contracté par mon ministère ; car la ratification équipolle à procuration. *Ratihabitio mandato æquiparatur* (n^o 76). » Telle était donc l'opinion de Pothier, et l'on sait qu'elle était son influence sur les rédacteurs de nos codes. Qu'importe après cela l'art. 5 de l'ordonnance de 1731. Ne sait-on pas que tout ce qui concerne les formalités des donations est soumis à des règles

toutes spéciales? L'on ne peut pas plus argumenter de cet article, qu'on ne peut dans notre droit argumenter de l'art. 933.

La doctrine de Pothier est passée dans notre législation. Mouricault, orateur du tribunal, disait au corps législatif : « De la nécessité du consentement, il résulte encore que nul ne peut stipuler en son propre nom que pour lui-même, à moins qu'il ne s'engage personnellement à faire valoir la stipulation qu'il fait pour autrui, ou à moins qu'il ne fasse de cette stipulation pour autrui, la condition de la stipulation principale qu'il fait pour son compte. »

Examinons maintenant si les dispositions du Code contrarient notre opinion. On oppose l'art. 1119. Au risque de passer pour trop hardis, nous rejetons formellement l'application de cet article, tel que nous l'avons expliqué. Celui qui se porte fort ou gérant d'affaires pour autrui, agit au nom d'autrui et non pas en son nom personnel. Il ne se présente pas comme jouant lui-même le rôle de créancier, il ne se présente que comme un instrument d'un autre. Nous détruisons ainsi le pivot de l'opinion contraire. On oppose les mots *en promettant le fait de celui-ci, et stipuler* qui se rencontrent dans les art. 1120 et 1121. L'on ne peut, d'après l'art. 1120, se porter fort que passivement, à *contrario* on ne le peut donc pas activement? Quant à nous, nous n'attachons aucune importance à la terminologie du Code. Nous avons été obligés de la combattre relativement à d'autres mots; ceux-ci seront-ils plus exacts? Le législateur nous avertit que le mot stipuler peut et doit être pris dans le sens actif et dans le sens passif. Dans l'art. 1122, est-il possible de l'entendre autrement? Est-ce que les obligations comme les droits ne passent pas aux héritiers. Dans les travaux préparatifs du Code, notamment dans le passage de Mouricault que nous avons cité, le mot stipuler n'est-il pas pris aussi dans les deux sens. Dès-lors,

L'on ne doit faire nulle attention au cas spécial que prévoit l'art. 1120. Cet article doit s'entendre tant dans le sens actif que dans le sens passif. Si l'on persiste à voir un argument à *contrario*, l'on peut dire que l'art. 1120 était inutile, et qu'il était bien plus inutile encore de mentionner le cas où l'on se porterait fort pour acquérir. D'ailleurs, ces art. 1120 et 1121 se présentent comme exceptions à l'art. 1119 qui est le principe ; mais l'art. 1119 n'étant pas applicable, il n'y a plus d'argumentation possible. Reste donc qu'on peut se porter fort ou gérant d'affaires pour autrui. Telle est aussi l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence. En matière d'élection de command et d'ami, la question ne peut être douteuse. M. Düranton voit là une exception ; nous pensons nous que c'est l'application des principes.

Une créance peut être éteinte par novation lorsqu'un débiteur nouveau se présente au créancier, cette novation s'opère sans le concours du premier débiteur (1271). Toute personne peut se présenter pour payer au nom d'un autre et le libérer (1236). Quand il y a des débiteurs solidaires, le créancier faisant remise à l'un d'eux, les libère tous. Il y a présomption que celui qui a contracté s'est porté gérant d'affaires pour les autres. Nous avons cité ces exemples pour montrer que, d'après l'économie générale de la loi, l'on ne doit pas être difficile pour permettre à une personne d'acquérir des droits pour autrui, surtout quand le tiers est libre de profiter de ces avantages. Le principe *ratihabitio mandato æquiparatur* doit être largement appliqué.

SECTION II.

De l'effet des Conventions à l'égard des Héritiers.

On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou

ne résulte de la nature de la convention (1222).» Dans cet article, il n'est plus question d'acquiescer pour autrui, mais de transmettre à d'autres les droits qui ont déjà fait impression sur la tête du stipulant. Cet article ne contient qu'une interprétation de volonté. Dans un pays où le système des successions est établi, il va sans dire qu'on stipule pour les héritiers. Si nos héritiers ne succédaient pas à nos droits et obligations, il n'y aurait pas de succession. Les droits réels et personnels sont également transmis. — Les ayant-cause n'ont de droits et d'obligations que ceux qui sont relatifs aux objets qu'ils acquièrent.

Dans le droit romain, avant Justinien, il fallait, pour que la stipulation fut transmissible aux héritiers, qu'elle fut de nature à se réaliser pendant la vie des stipulants. Justinien, § 12 de *Inut. stip.*, abrogea cette nécessité. Nous pouvons maintenant stipuler ou promettre directement pour les héritiers, la stipulation concerne notre hérédité, notre intérêt n'existe-t-il pas suffisamment? *

D'après la loi romaine (177 ff. de *Pactis*), d'après Pothier no 62, il fallait, si l'on désignait les personnes, dire qu'on stipulait pour le tiers, en tant que notre futur héritier; sans quoi la stipulation, étant d'abord pour autrui, eût été nulle. Nous ne serions pas étonnés que les tribunaux ne suppléassent cette qualité, en se fondant sur l'intention présumée des parties, surtout s'il s'agissait d'héritiers en ligne directe. Si nous stipulons pour un tiers, en tant que notre héritier futur, et qu'il renonce ensuite à la succession, la stipulation sera nulle. La stipulation que je fais pour mes héritiers, se divise entre eux proportionnellement à la part héréditaire de chacun; il suit de là que si je stipule pour l'un d'eux, au-delà de sa part héréditaire, il ne pourra pas en profiter entièrement; le surplus étant stipulation pour autrui. Telle est l'opinion de Pothier, basée sur la loi romaine. (137 § ult. ff. de *Verb. oblig.*) Mais

d'après cette loi, la stipulation profitera pour le surplus aux autres héritiers ; la restriction à un seul est considérée comme non advenue. Mais si l'objet de la stipulation était indivisible, un seul héritier pourra acquérir le tout, sauf les règles concernant les rapports et les quotités disponibles. — Nous venons de prendre le cas où l'on acquiert pour les héritiers, prenons le cas où on les oblige. Peut-on soumettre l'un d'eux à payer le total de la dette. La négative consacrée par la loi romaine (36, § 1, ff. de Verb. oblig.), est professée par Pothier n° 66 ; chacun ne sera tenu que dans la proportion de son émolument. Le stipulant pourra, s'il le veut, charger un des héritiers de toute la dette ; ce sera alors un legs précipitaire, qui ne pourra dériver que d'un testament.

CHAPITRE II.

De l'effet des Conventions à l'égard des Créanciers.

Nos lois ont reconnu la liberté des conventions. Malgré son engagement, à l'égard d'un créancier, un débiteur conserve son indépendance primitive. En n'exigeant pas des garanties réelles, le créancier a suivi la foi du débiteur ; ce dernier peut donc contracter valablement de nouveau si ses intérêts l'exigent, et il apprécie souverainement l'opportunité de ses nouveaux engagements. Décider le contraire, ce serait enrayer les transactions sociales et condamner les biens à l'immobilité. La seule restriction opposée à sa liberté, c'est de respecter son engagement ; et par contre, le créancier ne peut que conserver son droit et faire exécuter l'obligation.

Mais quels seront les moyens d'exécution ? A Rome, les moyens étaient simples et rigoureux ; le corps même du débiteur répondait de l'engagement. L'on avait pensé

que le débiteur, qui se soumettait à de si durs traitements, avait épuisé toutes ses ressources. Aussi, en principe, les biens n'étaient nullement affectés à l'acquittement de l'obligation. Dans notre droit, au contraire, le respect dû à la liberté humaine a généralement fait proscrire la contrainte par corps, dont on abuse trop souvent. Le moyen le plus efficace, accordé au créancier, c'est le recours sur les biens. C'est là le moyen ordinaire. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts et se réalise sur les biens du débiteur. Le législateur a consacré ce droit des créanciers, en disant dans l'art. 2092 que tous les biens présents et à venir du débiteur sont le gage de ses créanciers. Et cela devait être ainsi.

Le rapport de toute personne avec les objets extérieurs, sur lesquels elle peut avoir des droits à exercer, n'est autre chose que le patrimoine, patrimoine inhérent à cette personne, non acquis, susceptible seulement d'augmentation ou de diminution. Ces objets extérieurs, en leur qualité abstraite de biens, au point de vue de l'utilité juridique, des droits dont ils sont l'objet, en sont les éléments constitutifs. Le patrimoine d'une personne peut donc être considéré comme le résultat de l'utilité collective de tous ses droits, ou, si l'on veut, comme l'ensemble de tous ses droits. D'après cela, le principe de l'art. 2092, que l'ancienne jurisprudence avait déjà adopté en ces termes : qui s'oblige oblige le sien, est plus conforme au droit philosophique ou au droit naturel, que ne l'était le principe de l'ancien droit romain. L'obligation de la personne doit entraîner l'affectation du patrimoine qui n'est que la personnalité de l'homme mise en rapport avec les objets extérieurs.

L'art. 2092 présentant les droits et la fortune du débiteur comme garantie de ses engagements a étendu le crédit des débiteurs. C'est d'après sa fortune actuelle ou future,

d'après les droits qui se réaliseront sur sa tête, que les créanciers voudront ou non contracter avec lui. Mais leurs espérances peuvent n'être que de vaines illusions ; leurs garanties s'évanouir. Le droit de gage donné par l'art. 2092 n'entraîne pas le droit de suite. Ce n'est qu'en tant qu'ils font partie du patrimoine que les objets sont placés sous son étreinte. Dès que la volonté du propriétaire les en a séparés, les droits des créanciers expirent. (Nous ne nous occupons que des créanciers chirographaires ; nous laissons de côté les créanciers privilégiés ou hypothécaires dont les droits sont régis par d'autres principes.) S'il en était ainsi, d'une manière absolue, les créanciers seraient à la merci du débiteur. Le mal était imminent, il fallait un remède. Le législateur est venu au secours des créanciers, dont un droit trop vigoureux compromettait les créances. L'art. 1165 avait reconnu la liberté des conventions, en dehors des restrictions qu'il a faites. Par là aussi, le droit de disposer de ses biens a été accordé au débiteur ; car en droit rigoureux et *in abstracto* ces aliénations ne nuisent pas aux créanciers ; elles ne violent pas leurs droits, tels que nous les avons établis. Mais en fait, nous l'avons déjà indiqué, il en est tout autrement. Aussi le législateur a-t-il cru nécessaire de restreindre les conséquences de l'art. 1165 et de parer aux diverses éventualités que nous avons signalées ; il l'a fait dans les art. 1166 et 1167. C'est donc d'après l'intention du législateur, comme une exception, qu'on a considéré les articles précités. Les mots *néanmoins, peuvent aussi*, qui commencent ces articles, l'établissent suffisamment.

L'art. 1166 donne le droit au créancier de se venger sur des biens que le débiteur néglige de réaliser. L'art. 1167 permet au créancier, dans certaines circonstances, de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur des biens qu'il en a séparés, ou les droits qu'il a abandonnés. Tantôt ils peuvent

profiter des conventions de leur débiteur , tantôt éviter qu'elles leur nuisent.

Chacun de ces articles va faire l'objet d'une section. Nous pourrons dire quelques mots , *in decursu* , sur l'action en intervention , que la loi a réservé aux créanciers pour prévenir l'existence de certains actes frauduleux. En examinant l'art. 1167, nous pourrons aussi examiner accessoirement les droits des créanciers pour faire annuler les actes simulés.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Exercice par les Créanciers des droits et actions du Débiteur. (1166).

« Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs , à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. »

A Rome , où les prêteurs tempérant l'austère rigueur du droit civil, étaient venus, comme dans notre droit , en aide aux créanciers, qui voyaient leur créance compromise par la mauvaise foi du débiteur , on ne trouve néanmoins dans leur édit aucune disposition semblable à celle de l'art. 1166. L'édit du prêteur n'atteignait que ceux qui diminuaient leur patrimoine , et non ceux qui ne voulaient pas augmenter un patrimoine insuffisant. L'ancienne jurisprudence française vint au secours des créanciers. Ces derniers purent d'abord forcer les successibles à se porter héritiers, en donnant caution pour l'indemnité à payer , si le passif surpassait l'actif ; et plus tard on leur permit de se faire judiciairement subroger. Tel était l'usage constant. (Lebrun des succ., liv. 2, chap. 2, sect. 2, no 42.)

Notre code s'est montré aussi plus équitable et plus rationnel que la loi romaine. L'art. 1166 n'est que l'application de l'art. 2092. (Exposé des motifs , par Bigat-Prea-mener. — Locre , t. xii, pag. 336, no 52.) Les droits et ac-

tions sont des biens tout comme les objets corporels. Amoindrir son patrimoine en renonçant par le fait à ses droits ou l'amoindrir en aliénant les biens corporels ; n'est-ce pas souvent identique , quant à la fraude du débiteur, quant au préjudice souffert par les créanciers. Nous diviserons l'examen de cet article en deux paragraphes. Dans le premier, nous examinerons la nature de l'action, sa marche, ses effets ; dans le second, nous examinerons les cas exceptionnels dans lesquels les créanciers ne peuvent pas agir.

2^e 1^{er}. — *Nature, marche, effets de l'action.*

Si le débiteur agit, les créanciers ne peuvent invoquer l'art. 1166. Ils ne peuvent entraver son action. Pourquoi agiraient-ils ? L'inaction du débiteur est donc la première condition de l'exercice de leur action ; il faut de plus qu'il s'agisse d'un droit de créance ordinaire assis sur la tête du débiteur et non d'une faculté. Ainsi le débiteur occupe une maison fort vaste ; il pourrait en louer une partie ; les créanciers pourraient-ils le forcer à la louer ? Non , assurément. De même pourraient-ils forcer un débiteur à changer le mode de culture de ses champs ? Non ; les choses poussées ainsi à l'extrême, servent à la démonstration de la vérité. Le mot *droit* employé dans l'art. 1166, doit donc être limité. Sous cette dénomination, il faut néanmoins comprendre tous les biens corporels et incorporels du débiteur, même les actions en nullité, résolution, en garantie, même les facultés d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation.

L'action que les créanciers demandent à exercer doit avoir un but pécuniaire, c'est-à-dire réalisable en argent. S'il ne s'agissait que d'un intérêt moral, le créancier ne peut agir ; l'exercice de l'action n'augmente pas son gage. Il faut en outre que la créance soit exigible ; car c'est

pour que les créanciers obtinssent plus facilement leur dû que l'art. 1166 a été édicté.

L'action des créanciers est individuelle, même au cas de faillite du débiteur ou de cession de ses biens; mais dans ces derniers cas, elle profite nécessairement à la masse des créanciers.— Les créanciers postérieurs à l'acquisition des droits, peuvent aussi agir; car tous les biens du débiteur sont leur gage, n'importe la date de leur acquisition.

Supposons que les créanciers puissent agir, ont-ils une action personnelle? Il résulte de l'art. 1165 que quiconque se présente en justice pour exercer, en son nom, une obligation ne dérivant pas de son contrat, doit être déclaré non recevable. Le créancier ne peut donc agir contre le débiteur de son débiteur, et lui réclamer personnellement quelque chose; il ne lui a rien promis. D'un autre côté, malgré le contrat intervenu entre le créancier et le débiteur, les droits et actions ne reposent pas moins sur la tête de ce dernier; les exercer, ce serait l'exproprier, usurper le droit d'autrui; mais les droits ne quittent la tête sur laquelle ils reposent que par la volonté des partis ou par l'ordre de la justice.

Ainsi, si l'on ne représente pas un tiers comme héritier ou comme cessionnaire, l'on ne peut agir contre le débiteur de ce tiers. Il n'y a pas de lien de droit entre le créancier et lui. La créance ne donne que le droit de se faire payer, c'est un *jus ad rem* ou mieux *in personam* et non un *jus in re*. Il ne suffit pas d'avoir droit à une chose, il faut de plus la saisine légale de ce droit. Le légataire pour réaliser son droit, doit s'adresser à la justice, et le créancier n'en aurait pas besoin. D'ailleurs, la créance est-elle légitime? Le créancier a-t-il le droit d'intenter l'action? Le débiteur peut-être voudra payer: force est donc de reconnaître qu'il faudra aller en justice, et qu'en général la subrogation judiciaire sera nécessaire. (Loi 5 ff. de *acqui posse*. et loi 3. Cod. de *hered. actio*.)

Le législateur a fait une application de ces principes dans l'article 788. Cet article doit-être étendu par analogie.

Nous avons dit qu'en général, la subrogation était nécessaire, parce que dans certains cas elle ne l'est pas. D'abord, nous pensons que tout créancier peut prendre au nom de son débiteur et sans subrogation, toutes les mesures conservatoires du droit de ce dernier. (788 Cod. proc. et anal.)

La subrogation ne sera pas non plus nécessaire toutes les fois que le débiteur concernera la chose du créancier, ou généralement toutes les fois que le tiers est obligé envers le débiteur de ce dernier : ainsi, un sous-entrepreneur a action directe contre le maître, pour ce dont ce dernier est redevable à l'entrepreneur principal (1798). Ainsi, le sous-locataire peut être actionné directement par le bailleur (1753). Ainsi, le mandant a une action directe contre le sous-mandataire (1994). Ainsi, le déposant et le prêteur ont une action directe contre celui qui tient les objets du dépositaire ou de l'emprunteur. Ainsi encore, nous pensons qu'un second acheteur évincé peut exercer directement, sans subrogation judiciaire, l'action en garantie contre le vendeur originaire, parce que, celui qui vend une chose, est censé transférer à l'acquéreur, tous les droits qui lui compètent sur cette chose. Dans tous les cas que nous venons de signaler, le créancier agissant profite exclusivement du bénéfice de son action. — De plus, dans tous les cas où le créancier pourra user de saisie-arrêt, la subrogation ne sera pas de rigueur. Certes, dans ce cas, l'intervention de la justice est bien nécessaire ; mais ce n'est pas là, la subrogation judiciaire. Mais s'il s'agit d'actions en rescision, en rachat, en réduction de donation, la subrogation est forcée ; ce n'est qu'après, que les tiers sont tenus de répondre.

Comment faudra-t-il procéder pour obtenir la subrogation? Trois hypothèses peuvent se présenter : 1^o une instance est pendante entre le débiteur et le tiers ; le créancier doit alors se présenter, conclure à la validité de sa créance, et puis, à ce que le tribunal le subroge, ou à ce qu'il lui accorde le profit du jugement. 2^o Aucune instance n'est pendante, que doit faire le créancier? Il doit d'abord citer le débiteur pour reconnaître la créance qui peut ne plus exister ou qu'il n'a pas le droit de poursuivre, il peut en même temps citer le tiers pour reconnaître sa créance, si le même tribunal est compétent, et conclure à la subrogation. Il peut en attendant faire tous les actes conservatoires de son droit, comme pourrait le faire un habile à succéder à l'égard d'une succession qui lui serait échue. 3^o Mais il sera forcé de diviser son action, si le débiteur et le tiers ressortissent d'un tribunal différent, car nul ne peut être distrait de ses juges naturels. — Il sera facile de voir comment dans tous les cas, l'action devra être intentée, il n'y aura qu'à faire application des principes ordinaires en matière de compétence et de procédure.

Tâchons maintenant de déterminer les effets de la subrogation. Il y a plusieurs manières d'exercer les droits d'autrui; la cession, la subrogation volontaire ou légale, le nantissement ou le gage d'une créance sur un tiers, la saisie-arrêt, la subrogation judiciaire. Sur les effets de la subrogation judiciaire, la loi est à peu près muette; pour les connaître, il nous faudra examiner la nature de cette subrogation, les principes qui la régissent et la disposition de l'art. 788, qui en prévoit un cas.

La cession est de sa nature *solidi persecutoria*, il n'en est pas de même de la subrogation judiciaire; comme pour la saisie-arrêt, comme pour le nantissement d'une créance, le montant de leur dû mesure, l'étendue de l'action des créanciers. (788 et arg. de cet art.)

La signification de la subrogation judiciaire, ou mieux, la demande formée en justice contre le tiers, dépouille le débiteur de la faculté de traiter ultérieurement sur les droits et actions, auxquels le créancier demande a été subrogé. Tout pacte, toutes conventions, doivent être déclarées nulles comme frauduleuses. Il en serait de même des jugements obtenus contre le débiteur, ils ne peuvent atteindre le créancier. A la vérité, puisque main mise de justice ne saisit et ne dessaisit personne, la signification de la subrogation ne saurait saisir le créancier à l'égard des tiers comme en matière de cession (1690). Mais, cette main mise judiciaire, a au moins autant de force que celle qui résulte de la saisie-arrest. Ne faut-il pas appliquer les mêmes principes? (Comp. 1242 C. civ. et 565 C. pr.)

Puisque les créanciers agissent en représentation d'autrui, il en résulte qu'on pourra toujours leur opposer les exceptions *ex persona cedentis*, absolument comme en matière de cession. Il en résulte encore, qu'ils ne peuvent attaquer par la tierce opposition, les jugements antérieurs rendus contre le débiteur, à moins qu'ils ne se trouvent dans le cas prévu par l'art. 1167, que nous expliquerons plus tard, car alors il est par trop vrai de dire, qu'ils n'ont pas été représentés. Il n'en est pas ici comme en matière de cession, où les créances n'existent que du moment de la cession.

Passons aux droits qu'obtient sur les biens le créancier subrogé. Le créancier cessionnaire par la signification de la cession, devient propriétaire exclusif de l'objet, s'il le récupère. Il est saisi à l'égard de tous. Le créancier qui a reçu une créance pour gage de la sienne propre, est créancier privilégié. Le créancier usant de saisie-arrest, n'a plus de nos jours, le droit de préférence que lui donnait l'art. 178 de la coutume de Paris. Que décider relativement au créancier subrogé? Il faudra adopter les principes

de la saisie-arrêt; il faut appliquer l'art. 2093, toutes les fois que nous ne trouvons pas d'exception. Le créancier subrogé n'a aucun droit de préférence sur les autres créanciers, postérieurement subrogés ou opposants. Il fait rentrer les biens dans le patrimoine du débiteur, et tous les créanciers se les partagent proportionnellement à leur créance. Le premier créancier subrogé ne sera privilégié, qu'autant que sa créance sera privilégiée de sa nature.

Mais s'il s'agit des sommes d'argent, et qu'un jugement ait condamné le tiers à se libérer entre les mains du créancier, ce jugement équivaldra à un transport au profit de ce dernier, le tiers débiteur sera son débiteur direct. Les autres créanciers ne pourront plus prétendre à aucune part, les biens ne se trouvant plus dans le patrimoine de leur débiteur qui était leur gage commun. C'est ce que la Cour de Cassation a décidé en matière de saisie-arrêt, par ses arrêts du 28 février 1822 et 14 juin 1826.

Mais que décider dans le cas suivant? Dès que le tiers débiteur a été actionné par le créancier subrogé, il a payé à son débiteur direct tout ce qui excédait les causes de l'action. Plus tard, les autres créanciers se présentent; sur qui devra retomber le préjudice occasionné par le paiement? Il nous paraît que le créancier subrogé ayant fait tout ce qu'il pouvait faire pour la conservation de ses droits, ne devait pas être victime de la morosité des autres. Si le tiers débiteur avait déjà payé le créancier subrogé de lui-même ou comme chargé par le débiteur, auraient-ils à se plaindre? Et pourquoi leurs plaintes seraient-elles mieux fondées dans ce cas? Il nous semble donc, que le créancier subrogé devrait obtenir, non pas l'entière somme, mais ce qu'il aurait eu, si aucun paiement n'avait eu lieu. Néanmoins, dans le cas de saisie-arrêt, la Cour de Cassation, par son arrêt du 26 février 1834, a supposé que tous les créanciers devaient prendre au marc-le-franc. Pour se

mettre à couvert, le créancier subrogé devrait tacher d'obtenir de son débiteur une cession, pour tout ce qui lui est dû.

Nous terminerons les effets de la subrogation judiciaire, en examinant ceux qui sont relatifs au tiers débiteur. Le tiers débiteur peut repousser les créanciers subrogés, en leur payant leur dû, leur action se trouve alors sans fondement. — Si l'action a pour but des immeubles, et que le tiers débiteur ne voulant pas payer, laisse vendre le fonds, c'est sur sa tête qu'il doit être vendu, sans qu'il soit nécessaire d'appeler le débiteur, à moins que par le hasard il ne se trouvât créancier inscrit. S'il y a un reliquat après le paiement de tous les créanciers, il doit rester entre les mains du tiers débiteur. Mais le débiteur direct pourra réclamer plus tard. Il n'a pas renoncé à son action, il a seulement négligé de l'intenter.

§. 2. — *Exceptions à l'exercice de l'action.*

Les créanciers qui remplissent les conditions précédemment énumérées, peuvent intenter les droits et actions de leur débiteur; telle est la règle générale, cependant, l'art. 1166 lui-même, fait une exception pour ceux des droits et actions qui sont exclusivement attachés à la personne. Qu'a-t-on entendu dire par là? Qu'elle est l'étendue de cette exception? On chercherait en vain l'unité, dans les solutions données par la doctrine et la jurisprudence.

La loi romaine 196 ff. de *div. reg. jur* disait : *privilegia quædam cænsæ sunt, quædam personæ, ideo quædam ad hæredem transeunt qua causæ sunt*. S'appuyant sur cette loi romaine, Merlin déterminait l'étendue de l'exception en disant : (Quest. vo hypoth. § 4, no 4.) « On ne peut considérer, comme exclusivement attachés à la personne, que les droits, qui tous à la fois, ne passent pas aux héritiers et qui ne sont pas cessibles ». Cette doctrine des droits

personnalissimes, a été aussi adoptée par Favard de Langlade, dans son répertoire de jurisprudence. Il résulte de là, que tout droit transmissible ou cessible, peut être exercé par les créanciers. Quant à nous, devons-nous admettre une telle proposition? Nous croyons avec l'ensemble de la jurisprudence et des auteurs, qu'elle n'a que le mérite d'avoir été produite par des jurisconsultes si éminents. Les héritiers sont la continuation morale de la personne, cette qualité doit leur donner le droit d'exercer plusieurs actions, dont l'exercice doit être défendu aux créanciers, personnes étrangères; par exemple : l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, sur laquelle tout le monde est d'accord. De même, on comprend très bien, qu'on puisse exercer avec le consentement d'une personne un droit, qui ne pourrait l'être sans son consentement. Le cessionnaire n'est qu'un espèce de mandataire. Cette différence est applicable dans l'action en dommages-intérêts, pour crimes ou délits commis contre la personne et dans l'action en séparation de biens (1446).—Quelle est donc la portée des expressions employées dans l'art. 1166. Nous croyons qu'il est question dans cet article, de ces droits inhérents à la personne, qu'elle n'a point acquis, mais qui résident sur sa tête, indépendamment de sa volonté, qui sont imprescriptibles, intransmissibles de leur nature; tels sont les droits dérivant de la paternité, de la filiation, du mariage, droits qui affectent son état civil, droits abstraits indépendants des biens, de la jouissance ou de la propriété desquels ils sont le fondement. Le législateur a pu les déclarer transmissibles, cessibles, sous certaines conditions; mais ces modifications qu'il a plu au législateur de faire, ne peuvent changer la nature des droits. — Telle est l'explication générale de la seconde partie de l'art. 1166, que nous proposons. Certaines dispositions du Code pourront aussi servir de guide; mais il faudra toujours se rappeler que ce n'est que par exception, que les créanciers ne peuvent agir.

Examinons quelques cas particuliers, sans prétendre faire une énumération complète de tous les cas douteux.

Les créanciers pourront-ils intenter l'action en nullité de mariage? Il faut distinguer. Ils ne le pourront pas, s'il s'agit d'une nullité relative; mais ils le peuvent, s'il s'agit d'une nullité absolue. Ils peuvent y avoir intérêt, par exemple : pour faire annuler l'hypothèque de la femme, et une telle nullité peut, d'après la loi, être proposée par tous ceux qui y ont un intérêt-né et actuel. Dans ce cas il n'est pas besoin de subrogation.

Quant à l'action en séparation de corps, c'est une action appelée autrefois *vindictam spirans*. Les créanciers de l'époux offensé ne pourront l'intenter.

Que décider par rapport à l'action en désaveu? Les créanciers du mari ne peuvent pas l'intenter, ils n'y ont pas d'intérêt, l'action est de plus éminemment personnelle. Mais quand l'action sera dévolue aux héritiers du mari, les créanciers de ces derniers pourront-ils agir? Non, d'après le principe que nous avons posé plus haut. C'était une action personnelle, qu'il était libre au législateur d'étendre à certaines personnes. ce qui ne peut tirer à conséquence. Néanmoins, en prétendant que l'action des héritiers est plutôt pécuniaire que morale, on en accorde généralement l'exercice à leurs créanciers.

Mais nous pensons que les créanciers du débiteur pourront en son nom, contester la légitimité dans le cas de l'art. 315; il s'agit ici d'une nullité absolue de filiation, si l'on peut parler ainsi, fondée sur une présomption légale. Nous appliquerons les mêmes règles qu'en matière de nullité de mariage. — Adopterons-nous la même solution s'il s'agit d'une contestation d'état que pourrait intenter le débiteur? Remarquons que l'état personnel du débiteur n'est pas en jeu, qu'il peut n'être pas seul à avoir le droit de contester. Sous ces divers rapports, l'on ne peut point dire que ce soit

une action inhérente à la personne. Il est vrai qu'il s'agit ici d'un droit de famille à l'état de laquelle les créanciers sont étrangers ; néanmoins , nous préférons rentrer dans la règle générale , en accordant l'action aux créanciers.

Les créanciers peuvent-ils introduire en justice une action en réclamation d'état ? Cette question est controversée. Pour nous , nous n'hésitons pas à la résoudre négativement , d'après les principes que nous avons posés. Tant que l'enfant vit , il est seul juge de l'opportunité de l'action. Le législateur a cru convenable d'étendre l'action en faveur des héritiers , peu nous importe , et encore a-t-il enserré leur action dans des limites fort étroites. Souvent à la réclamation d'état est attaché un grand intérêt pécuniaire dont elle est le fondement ; mais cet intérêt pécuniaire qui est toujours nécessaire , ne suffit pas ; la loi leur défend d'intenter une action exclusivement attachée à la personne. L'on ne peut , au nom d'intérêts pécuniaires , venir troubler le repos des familles. C'est le cas de dire , avec d'Aguesseau , dans son sixième plaidoyer , qui néanmoins adoptait l'opinion contraire. « Admettra-t-on les arguments d'un étranger , peu instruit de l'état d'une famille , incapable de donner des marques certaines de la vérité des faits qu'il avance , contre le suffrage des parents , contre la voix de la famille , contre cette espèce de jugement domestique qu'elle a prononcé ». Ainsi , nous refusons d'une manière absolue aux créanciers , le droit d'exercer une action en réclamation d'état.

Quant aux droits des père et mère sur la personne de leurs enfants , comme droit de consentement au mariage , droit de correction d'émancipation , il est inutile de dire que de tels droits ne peuvent être exercés par les créanciers.

Les créanciers peuvent agir relativement aux droits d'usufruit ? En est-il de même des droits d'usufruit légal des père et mère. Il semblerait que l'usufruit leur étant accordé en cette qualité , des créanciers ne pourraient jouir de ce

droit. Cependant la solution opposée a reçu la sanction de la doctrine et de la jurisprudence. Les père et mère étant saisis de ce droit, les créanciers pourront toujours se venger par les voies légales sur les biens qui en découlent et qui rentrent dans le patrimoine de leur débiteur.

Le droit de remplir un mandat légal, ne peut être dévolu aux créanciers : ainsi, le droit de tutelle, le droit d'administration accordé au père, sur les biens de ses enfants, au mari, sur les biens de la femme, à l'envoyé en possession provisoire, sur les biens de l'absent. Il en est de même du mandat conventionnel, car il est fondé sur la confiance personnelle qu'inspire le mandataire. Toutefois, s'il s'agit d'un mandat dans l'intérêt du mandataire, par exemple : d'un mandat donné au créancier pour sûreté de sa créance, alors il n'est pas au vrai dire qu'il est attaché à la personne, il l'est à la créance ; dès-lors, les créanciers pourront le remplir.

La loi nous disant, art. 631 et 634, que les droits d'usage sont incessibles, nous avertit par là, qu'ils sont personnels et que les créanciers ne peuvent les exercer.

Les actions en pétition d'hérédité, peuvent être l'objet d'une subrogation judiciaire ; en est-il de même du retrait successoral ? permettre aux créanciers de l'intenter, ce serait introduire dans les partages des étrangers, alors que le but de l'art. 841 a été de les écarter. Ils ne peuvent donc jouir d'un tel droit. — Doit-on assimiler au retrait successoral les droits d'option accordés à la femme, sous le régime en communauté, et notamment le retrait d'indivision réglementé par l'art. 1408. Sans doute, c'est un privilège accordé à la femme ; mais la qualité de privilège ne suffit pas. L'hypothèque légale est bien un privilège qui a le même but que celui dont il s'agit ; prémunir la femme contre la mauvaise administration du mari. L'art. 747 établit bien un privilège au profit des ascendants ; et cependant

tout le monde convient qu'on peut les exercer au nom de ceux envers lesquels ils sont établis. Si dans le cas de l'art. 841, les créanciers agissaient; ils enfreindraient le but que le législateur a voulu atteindre. En est-il de même dans ce cas? Nous concluons donc à l'admission des créanciers, à l'exercice de ce droit (*contra. C. Cass. et Riom.*). Du reste, la liberté de la femme reste entière, puisque ce n'est qu'en cas d'inaction de sa part, que les droits des créanciers sont ouverts.

Les créanciers peuvent-ils accepter une libéralité du chef de leur débiteur? On pourrait essayer en leur faveur l'argument d'analogie tirée de l'art. 788, et soumettre le débiteur et les créanciers aux mêmes conséquences. Cependant nous pensons qu'il ne doit pas en être ainsi. La dotation peut être ruineuse en réalité. Admettre l'acceptation des créanciers, ce serait soumettre le donataire à des charges souvent considérables; ce serait le forcer à la reconnaissance, le forcer à fournir des aliments au donateur. La donation peut avoir une cause immorale. D'ailleurs tant qu'elle n'a pas été acceptée, elle n'est rien, elle ne constitue pas encore un bien entré dans le patrimoine du débiteur. L'art. 1166 ne peut être étendu aux simples facultés. Enfin, ce qui doit dissiper tous les doutes, c'est qu'un article, qui d'après le projet de loi, devait suivre l'art. 1167, ne donnait aux créanciers des droits que relativement à une donation précédemment acceptée. Si dans ce cas ils ne peuvent attaquer une renonciation, certes *à fortiori* ils ne peuvent l'accepter. — Mais s'il s'agissait de libéralités testamentaires, l'analogie tirée de l'art. 788 nous paraît trop puissante, pour refuser au créancier le droit d'accepter au nom de leur débiteur. En vain opposerait-on, que la libéralité peut avoir une cause immorale. Néanmoins nous désirerions beaucoup, pouvoir laisser aux tribunaux la question de convenance.

Les créanciers du donateur peuvent-ils faire révoquer une donation? Il faut distinguer. Ils le peuvent, si c'est pour cause d'inexécution des conditions. Ils sont inadmissibles, si c'est pour cause d'ingratitude : le donateur est seul juge de l'offense, l'on ne doit pas le forcer à la vengeance. On a innové aux anciens principes de la loi romaine, en permettant, dans certaines limites, l'action aux héritiers, continuation morale de la personne. Nous ne pouvons étendre cette exception. Cependant si le donateur a intenté l'action, nous permettons aux créanciers de la continuer, car l'action se perpétue chez nous. Dans ce cas, l'art. 957 le prouve en permettant aux héritiers d'agir, tandis que leur action serait paralysée dans les cas ordinaires.

Les créanciers postérieurs à une donation entre époux, faite après le mariage, peuvent-ils la faire révoquer au nom du donateur, en cas d'insuffisance des biens de ce dernier. Nous inclinons vers l'affirmative, parce que les donations sont assimilables aux legs, caduques comme eux par le prédécès du donataire. Si l'on oppose les derniers termes de l'art. 1166; nous répondrons, que, d'après nous, ce droit n'est pas exclusivement attaché à la personne; si l'on objecte sa non transmissibilité aux héritiers; nous répondrons qu'il en est ainsi en matière de legs, et cependant les créanciers postérieurs au testament peuvent en détruire les effets. Les héritiers sont liés par les dispositions de biens, faites par leur auteur, sauf les droits de réserve.

Les créanciers peuvent-ils du vivant du donateur, ou après sa mort, attaquer les actes passés par ce dernier, en alléguant la violence, le dol, l'erreur? Cela paraît avoir été admis sous l'ancienne jurisprudence. (*Duparc-Poullain*, t. VII, n° 147.) Que décider dans notre droit? Toullier refuse ce droit aux créanciers, prétendant que le débiteur peut seul savoir s'il a été violenté ou trompé; que son si-

lence doit être interprété en faveur de l'acte. Toullier confond ici l'exercice de l'action, avec la manière de la justifier. Il sera difficile aux créanciers de prouver leur obligation; les tribunaux ne devront admettre que des preuves convaincantes; mais pourquoi repousserait-on l'action? N'est-elle pas relative aux biens? Les héritiers pourront-ils souvent prouver plus facilement la violence ou l'erreur? Et cependant on n'oserait repousser leur action.

Les créanciers d'un incapable, peuvent-ils demander la nullité relative d'une convention passée avec ce dernier; et spécialement les créanciers d'une femme qui a contracté sans l'autorisation de son mari, peuvent-ils, s'ils ont intérêt, demander la nullité de la convention? Ici grande controverse; ceux qui refusent aux créanciers l'action en nullité, s'appuient sur l'art. 2012. Cet article qualifie ces nullités de *personnelles* à l'obligé, elles rentrent dans la catégorie de celles que désigne la fin de l'art 1166. Ils s'appuient surtout sur l'art. 225, qui ne donne le droit d'agir en nullité qu'au mari, à la femme et à leurs héritiers. Or, dit-on, ce texte est formellement restrictif; les créanciers ne peuvent donc pas agir? — L'art. 2012 emploie le même mot que l'art 1166, mais dans un sens tout différent. On ne parle ici des nullités personnelles, que pour les distinguer des nullités réelles, que la caution pourrait invoquer. Quant à l'art. 225, on fait un paralogisme évident. Dans l'art. 225 la loi ne dit autre chose que ce qu'elle dit dans l'art 1125, c'est-à-dire que la nullité est relative, tandis que autrefois elle était absolue. Si la doctrine contraire était admise, comment la concilier avec la dernière disposition de l'art. 1338, «
sauf néanmoins le droit des tiers », alors qu'il ne s'agit dans cet article que de la confirmation ou ratification des actes soumis à ces nullités relatives? Nous nous trouvons donc seulement en face des considérations d'équité. De cela seul, qu'il y a

une appréciation de conscience à faire par la femme, de savoir, si elle doit faire annuler une convention passée de bonne foi avec des tiers, doit-on en conclure, que le droit lui est personnel? Sans doute, tout ce qui dérive du droit positif rigoureux, doit être restreint quand l'ordre public ou la morale l'exigent, on ne peut pas forcer quelqu'un à exercer une action que le droit lui donne, quand sa conscience s'y oppose. Néanmoins sous des prétextes trop minces, on ne peut pas enlever aux autres des droits reposant pour ainsi dire sur une nécessité publique. Y a-t-il lésion à la morale, dans le cas de la prescription opposée par les créanciers? Il y avait deux créanciers, l'un actif, l'autre négligent, tous deux ayant un droit égal; certainement le créancier actif doit avoir la préférence. Transportons ces principes au cas dont il s'agit. Les créanciers ont pu craindre la fraude, la vente à vil prix. On ne peut ainsi dissiper son actif au préjudice d'autres personnes. — C'est là, du reste, l'opinion à laquelle on s'est généralement réuni.

Quant à l'action en séparation de biens, les créanciers ne peuvent l'intenter qu'avec le concours de leur débitrice, leur action trouve un obstacle dans la paix de la famille.

Les créanciers peuvent opposer la prescription acquise (2225).

Celui qui a une action en réparation d'un délit, a-t-il une action exclusivement attachée à sa personne? Il y a une distinction à faire, s'agit-il d'un délit contre les personnes, la question doit être affirmativement résolue; mais elle doit recevoir une solution négative, s'il s'agit de délits contre les propriétés, se résolvant en dommages-intérêts : l'inaction diminue le gage des créanciers.

SECTION 2.

De l'action des créanciers relativement aux actes faits en fraude de leurs droits (1167).

« Ils peuvent aussi en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre des successions, et au titre du contrat du mariage et des droits respectifs des époux se conformer aux règles qui y sont prescrites. » (1167.)

Pour commenter cet article, nous examinerons 1^o l'origine de l'action; 2^o sa nature; 3^o quels sont les actes qui peuvent être attaqués; 4^o quelles sont les conditions nécessaires; 5^o quels sont ceux qui peuvent être recherchés; 6^o quels créanciers peuvent agir; 7^o quelle est la marche de l'action; 8^o les effets de l'action; 9^o les fins de non recevoir.

2^e 1^{er}. — *Origine de l'action.*

C'est dans la législation romaine, que nous trouvons l'origine de l'action que nous avons à examiner : Le droit civil romain avait, nous l'avons déjà dit, sanctionné les droits du créancier d'une manière énergique, en harmonie avec les mœurs de ce peuple. Les moyens simples et rigoureux qu'il accordait aux créanciers, se réalisaient sur la personne du débiteur. Peut-être la sévérité et l'étendue de ces moyens avaient paru suffisamment prévenir la fraude des débiteurs; alors surtout que la mauvaise foi n'avait pas fait tous ces progrès, conséquences de la corruption des peuples. Les biens du débiteur n'avaient pas été affectés à l'acquittement de ses obligations. Il fallait pour qu'il en fût ainsi, qu'une stipulation spéciale fût intervenue entre les parties contractantes. Mais en principe le débiteur pouvait

valablement dissiper son patrimoine comme il l'entendait. La fraude et le dol ne pouvaient être d'aucune influence, pour faire annuler des actes faits par personnes capables conformément à la loi.

Cependant, à côté du droit civil, se développa le droit honoraire, qui en modifiant les principes acerbes du premier, tendait à le rapprocher de l'équité, avec laquelle il devait être confondu.

Le prêteur, dont la mission était d'après la belle expression de Papinien, *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam*; se conformèrent, dans leurs édits, aux besoins, chaque jour plus variés, qu'amenaient avec elles la corruption croissante et la civilisation en progrès. Les prêteurs avaient introduit l'action et l'exception de dol que pouvait invoquer les parties contractantes; mais elles seules. Les créanciers ne pouvaient les invoquer.

La loi *Alia-Sentia* fut la première qui vint au secours des créanciers. Elle déclara non avenue tout affranchissement fait en fraude de leurs droits, *qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit*. Inspirés par l'équité, les prêteurs généralisèrent l'innovation heureuse de la loi *Alia-Sentia*, ils en dégagèrent cette règle : que les créanciers pourraient attaquer les actes de leur débiteur de mauvaise foi, tendant à soustraire les biens à leur action. Cette action prit le nom d'action *paulienne* du nom du prêteur qui l'avait introduite, dénomination qu'elle a encore conservée. Elle prenait quelquefois le nom d'action *calvitienne* et d'action *faviennne*, en subissant quelques modifications. (loi 132 ff. lib. 29. t. 5.) Le prêteur ne pouvait, comme l'avait pu la loi *Alia-Sentia*, considérer comme inexistants les actes frauduleux. Ici ne se rencontrait plus le principe, que la liberté une fois acquise ne pouvait être révoquée; aussi le prêteur accorda-t-il seulement aux créanciers une

action annale, comme l'étaient toutes celles qui étaient en opposition avec le droit civil. Mais les créanciers ne pouvaient pas de leur propre autorité, faire révoquer les actes. L'opposition du droit honoraire et du droit civil, eût été trop manifeste. Ils devaient se faire envoyer, par un décret du prêteur, en possession des biens du débiteur. Aussi l'action paulienne ne se présente-t-elle en droit romain, que comme un incident de la procédure de l'envoi en possession des biens par le prêteur. Ce n'était qu'en vertu de ce droit de gage conféré par le décret du prêteur, sur le patrimoine du débiteur, que les créanciers pouvaient, en leur nom personnel, intenter l'action paulienne, pour y faire rentrer ce que le propriétaire avait frauduleusement aliéné.

Les dispositions des lois romaines, relativement à l'action paulienne, sont fort nombreuses, voyez notamment *Inst. de actio.*, § 6, ff. *in fraud. cred. fac. sunt. ut. rest.*, et *Code de revoc.*, *his. qua in fraud. credit.* Néanmoins, nous nous bornerons, pour le moment, à l'exposé succinct que nous venons de faire, étant obligé de revenir sur les lois romaines en expliquant les dispositions si laconiques de notre code. Cependant, dans cette application des lois romaines, il faut avoir égard aux modifications qu'ont subi certains principes juridiques, et à la position particulière du prêteur qui, ne pouvant heurter de front le droit civil, était forcé de lui concéder quelque chose, et de prendre des détours pour en empêcher l'application rigoureuse.

Notre ancienne législation admit aussi l'action paulienne, et elle l'a transmise, un peu modifiée, à notre droit actuel où nous allons l'examiner.

§ II. — Caractères et nature de l'action.

Le débiteur qui aliène ses biens en fraude de ses créan-

ciers ne peut attaquer ses propres actes. Personnellement, il n'a été victime d'aucun dol, d'aucune violence; il ne peut se faire une arme de sa mauvaise foi. Les créanciers qui intentent l'action en révocation ne peuvent donc pas agir comme représentant la personne de leur débiteur; ils ne peuvent, comme le dit l'art. 1167, intenter qu'une action en leur nom personnel. Par là, cette action diffère de celle qui est ouverte par l'art. 1166. L'une a pour fondement la fraude du débiteur, l'autre seulement sa négligence. L'une a pour but de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur, des biens qui en étaient sortis, l'autre a pour but de faire entrer des biens qui n'étaient pas encore réalisés. Mais ces deux actions ont cela de commun qu'elles sont l'une et l'autre *non soli di persecutoria*. Les créanciers n'ont d'intérêt à agir et ne peuvent agir que jusqu'à concurrence de leurs créances. Ces deux actions se ressemblent encore en ce qu'elles laissent intacts tous les moyens de contrainte, que la loi accorde aux créanciers. Mais l'action paulienne a ceci de particulier, c'est qu'elle n'est que subsidiaire. Elle ne peut être intentée, que lorsque les biens du débiteur sont insuffisants pour répondre de la créance. C'est un dernier recours accordé aux créanciers, qui deviendrait vexatoire et injuste pour les débiteurs et pour ceux qui contractent avec lui, s'il était inutilement accordé. Ce caractère de l'action amène des conséquences que nous signalerons et que nous étudierons plus tard.

Quelle est enfin la nature de cette action? Est-elle réelle ou personnelle? C'est là une question difficile et délicate que vient encore compliquer l'étude de la législation romaine. Dans les instituts de Justinien, liv. 4, t. vi, § VI, elle nous apparaît comme une action réelle, *actio in rem*. Nul doute n'est permis sur ce point. Dans le Digeste, au titre *Quæ in fraudem..... etc.*, nous trouvons, à sa place, une action conçue *In factum*, et le titre *De usuris..... etc.*,

lib. 22, t. II, l. 38, pro. et § IV, nous la présente comme une action personnelle, *actio in personam*. C'est qu'en effet, en droit romain, l'action paulienne était tantôt personnelle, tantôt réelle. Elle était réelle, quand le prêteur, après avoir envoyé les créanciers en possession des biens du débiteur, spécialement pour le cas d'aliénation, supposait que la chose n'avait pas été livrée, que la propriété n'avait pas été cédée. Il accordait alors une action fictive, *in rem*. C'était une *rei vindicatio* construite sur une formule fictive *formula ficticia*. Au contraire, lorsqu'il s'agissait de faire annuler un acte frauduleux quelconque, l'action était personnelle. Elle contenait cette mention : *Dare facere...*, et elle était alors donnée contre le débiteur, contre les complices de la fraude, et contre les détenteurs à titre gratuit. L'action *in rem* paraît plus ancienne que l'autre; mais elle était accordée plus rarement; elle était toujours déniée lorsqu'il existait un second acquéreur de bonne foi.

Sous l'empire de nos lois, quelle solution devons-nous donner à la question proposée? L'art. 2093 donne aux créanciers les biens de leur débiteur pour gage; c'est là un gage improprement dit. Malgré ce droit, le débiteur conserve en principe toute sa liberté relativement aux biens. Aucun droit réel, absolu, n'a été conféré sur eux aux créanciers; c'est là, du moins, l'opinion qui nous paraît préférable, quoiqu'elle tende à rendre inutile l'art. 2093 en l'assimilant à l'art. 2092, si l'on ne donne aucune force au mot *gage*. Les créanciers n'ont que le droit de faire saisir et de faire vendre les biens, et non celui de se les approprier. Lors donc que les créanciers agissent pour faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les biens qu'il a aliénés; ils n'agissent point comme ayant un droit réel absolu sur ces objets; l'action ne peut donc être réelle. D'ailleurs, qu'on le remarque, la rentrée des biens n'est pas le but immédiat de leur action, elle n'en est que la conséquence. Les créan-

ciers demandent la nullité de l'acte ou du contrat, comme passé sous les auspices de la fraude, ou comme leur préjudicant. Ils attaquent le fait du débiteur ou simultanément le fait du débiteur et celui de son complice. Ils prétendent que ce dernier est tenu de rendre en vertu d'un quasi-contrat. Comment une telle action pourrait-elle être réelle? L'acte étant mis à néant, les biens rentreront forcément dans le patrimoine du débiteur. Qu'importe cette conséquence relativement à la nature de l'action?

Mais lorsque les biens aliénés ne se trouveront plus dans les mains de la personne qui a contracté avec le débiteur, et que néanmoins les créanciers se trouveront dans les conditions voulues pour faire rentrer les biens dans le patrimoine du débiteur, dans ce cas l'action n'est-elle pas réelle? Ne peut-elle pas être intentée contre tout débiteur? Y a-t-il aucun lien personnel entre le tiers et le créancier? Malgré toutes ces raisons, nous n'en persistons pas moins à penser que ce n'est là qu'une action personnelle. Les créanciers agissent pour faire révoquer des contrats ou des actes, sur le motif que le disposant était incapable; ils invoquent la fraude, leur préjudice. La rétrocession des objets n'est toujours qu'une conséquence. Qu'importe que cette action puisse être intentée contre toute personne? Le droit de suite, dont nous fixerons plus tard les bornes, est de la nature de l'action réelle, mais non de son essence. Ce qui constitue l'action réelle, c'est ce droit absolu de disposer de la chose ou d'en tirer un profit quelconque, abstraction faite de toute personne, et nous ne pensons pas que l'art. 2093 confère un tel droit aux créanciers. L'action paulienne rentrera donc, si l'on veut, dans cette classe d'actions appelées *personnales in rem scripta*, classe d'actions qui n'est jamais entrée dans aucune classification romaine.

§ III. — Quels actes peuvent être attaqués.

Le jurisconsulte Ulpien, commentant les termes de l'édit, disait : *Quæ fraudationis causâ gesta erunt : hæc verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factum, vel alienationem, vel quemcumque contractum*, (loi 1, § II, *quæ in fraud* ...). Dans notre droit, l'action révocatoire est aussi très étendue. Elle comprend tous les actes de dispositions, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit; toutes les obligations, libérations, renonciations, etc. L'art. 1167 n'est nullement limitatif. La règle que nous proposons est la suivante : Les créanciers peuvent attaquer tous les actes de leur débiteur qui tendent à diminuer leur gage, à moins qu'il ne s'agisse de facultés inhérentes à la personne, facultés qu'ils ne peuvent exercer, aux termes de l'art. 1166. Cette restriction, que le législateur n'a pas formulée, doit néanmoins être faite. Ainsi, un débiteur, mandataire salarié, renonce au mandat; les créanciers ne peuvent attaquer sa renonciation. Ainsi encore, une femme mariée, après avoir intenté l'action en séparation de biens, se désiste; le désistement est inattaquable.

Autrefois, on doutait si les créanciers ne pouvaient pas faire révoquer l'émancipation du fils qui entraînait pour le père la perte de l'usufruit légal. Certains accordaient ce droit aux créanciers. (Catellan, lib. 6, chap. IV, *in fine*.) Le plus grand nombre le leur refusait. (Bretonnier, sur Henrys, lib. 4, quest. 127, no 33. Chabrol, Cout. d'Auvergne, chap. II, sect. 2, quest. 18, parl. de Paris, 30 mai 1736.) Le doute n'est plus permis aujourd'hui. Les créanciers, en contractant, savaient que le père, leur débiteur, avait le droit d'user de cette faculté, droit auquel il ne pouvait renoncer. Un droit a été donné aux créanciers sur les biens du père et non sur la liberté des enfants; qu'on remarque,

d'ailleurs, qu'autrefois l'usufruit légal durait toute la vie des enfants, tandis que dans notre droit il est éteint lorsque les enfants atteignent leur dix-huitième année, et qu'ainsi les créanciers ne peuvent perdre au plus que trois ans d'usufruit.

La règle que nous avons posée reçoit encore une exception établie par l'art. 1167 lui-même. Il résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 882, que les créanciers d'un co-partageant ne peuvent attaquer un partage consommé, que lorsqu'il a été fait hors de leur présence et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. Ce point-là n'est pas à l'abri de toute controverse. Certaines cours ont jugé que les créanciers non opposants conservaient le droit d'attaquer les partages frauduleux; qu'ils ne perdaient que le droit d'attaquer les partages faits sans fraude. La cour de Toulouse distingue : les créanciers n'ont aucun droit si la fraude est l'œuvre du débiteur seul; mais ils peuvent intenter l'action révocatoire si les co-partageants étaient complices. Nous rejetons la première interprétation comme rendant illusoire la restriction des art. 882 et 1167; et nous rejetons la distinction proposée comme contraire à leurs termes. Au reste, M. Bigot-Preamenau, dans son exposé des motifs, indique l'art. 882 comme faisant exception à l'art. 1167, (Fenet., t. xiii, p. 239.) L'art. 1872, pour les partages de société, ne renvoyant pas à l'art. 882, pour le droit des créanciers, nous croyons que l'art 1167 ne reçoit pas d'exception dans ce cas.

Nous ferons observer ici qu'on ne doit pas confondre le partage frauduleux avec le partage simulé. L'art. 882 ne doit être appliqué qu'aux partages sérieux, et non aux autres actes déguisés sous la forme d'un partage.

Nous ferons enfin remarquer que le débiteur conserve toujours le droit de contracter de nouvelles dettes, sans craindre l'action révocatoire de la part des créanciers, quoiqu'un tel acte diminue, par le fait, leurs sûretés.

En droit romain, (loi 3; § 1 et l. 4, h. t.), lorsque le débiteur négligent se laissait condamner ou laissait acquérir par prescription un droit de propriété, d'usufruit, ou en résumé, lorsqu'il ne faisait pas ce qu'il aurait dû faire, les créanciers avaient l'action paulienne pour faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les biens qui en étaient ainsi sortis. D'un autre côté, les créanciers ne pouvaient attaquer que les actes du débiteur qui diminuaient le patrimoine, et non ceux, par lesquels ils refusaient de l'augmenter. *Pertinet enim edictum*, dit toujours le jurisconsulte Ulpien, ff. loi 6; proæ., h. t., *ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur*, et comme application de la règle, il proposait, § 2, la répudiation d'une succession. Les règles du droit romain paraissent fondées en raison, En effet, les créanciers ont dû compter bien plus sur les biens présents du débiteur, que sur des biens futurs, éventuels. Dans le premier cas, on les prive de leur gage; dans le second on ne les prive que d'une bonne fortune.

Notre Code a-t-il adopté les principes de la loi romaine? Dans l'art. 1167 il n'est question que d'un acte, expression qui indique toujours un fait quelconque et non une négligence. Quand le débiteur n'agit point, une action a été ouverte aux créanciers; c'est le cas de l'art. 1166. C'est leur faute s'ils n'en ont point usé. D'ailleurs, les principes relatifs à la prescription sont si explicites, qu'il faudrait une exception pour y déroger. En est-il de même pour les jugements? Oui, si l'on n'a à reprocher au débiteur que sa négligence; l'autorité de la chose jugée existe. Les créanciers ont à se reprocher de n'avoir pas agi ou de n'être pas intervenus. Mais s'il y a eu collusion du tiers avec le demandeur, l'action des créanciers sera recevable. Le jugement n'est qu'un véritable contrat judiciaire. Il y a, dans ce cas, un acte de la part du débiteur. La loi elle-même, dans un cas qu'elle prévoit, (art. 1147, et arg. de cet art.), permet l'ac-

tion aux créanciers, et la doctrine et la jurisprudence étendent à tous les cas analogues cette permission de la loi. Ce serait même en vain que l'on dirait qu'il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne. C'est par voie de tierce opposition que les créanciers exercent dans ce cas leur action.

Du droit qu'ont les créanciers d'attaquer par tierce opposition les jugements, fruits de la collusion d'un tiers avec le débiteur, résulte pour eux le droit d'intervenir dans les jugements, en vertu de la maxime : *Melius est jura intacta servam quam remedium quærere.*

Si nos lois ont abandonné les principes de la loi romaine relativement à la négligence du débiteur, les ont-ils aussi abandonnés relativement au défaut d'acquérir ? Nous hésitons à le penser. Il est vrai que notre Code a émis une décision opposée à la loi romaine, en ce qui concerne notamment les successions ; mais nous croyons que cela tient à un changement de principes. En droit romain, l'héritier qui n'avait pas fait addition d'hérédité, ne transmettait aucun droit ; il n'en avait pas acquis. (Il en fût, cependant, plus tard autrement d'après les constitutions impériales 3, 18, 19, C. de *jure delib.*) Dans notre droit, l'héritier acquiert un droit indépendamment de sa volonté, il est saisi (724). Il peut le transmettre avant toute acceptation. Il devient définitivement acquis s'il n'y a pas renoncé dans l'espace de trente ans. La renonciation est donc un acte d'aliénation. — De même, la femme qui renonce à la communauté fait un acte d'aliénation, car, d'après nous, malgré les droits très étendus du mari sur ses biens, elle est véritable associée.

La renonciation à l'usufruit est dans le même sens une véritable aliénation. — Quant à la prescription, il faut distinguer la prescription acquisitive de la prescription extinctive ; la prescription acquisitive crée un droit réel. Le débi-

teur qui renonce, aliène. S'il s'agit de la prescription extinctive, les créanciers ne peuvent l'opposer, parce que tout au plus on pourrait considérer ce défaut d'opposition, comme une nouvelle dette, que le débiteur est libre de contracter. Telle est la distinction que nous proposons sur l'article 2225.

Ainsi, on le voit, dans tous les cas prévus par le législateur, il s'agit d'aliénation et non d'une véritable acquisition. Mais s'il en était autrement, s'il s'agissait par exemple d'un traité avantageux, nous pensons que les principes de la loi romaine seraient encore en vigueur; car, dans notre droit, les créanciers n'ont pour gage que les biens du débiteur ou ceux sur lesquels ils avaient des droits acquis quoique soumis à une condition. Le gage des créanciers frappe les biens à venir à mesure de leur acquisition; mais il ne peut frapper actuellement les biens à venir. Au reste, dans l'article qui devait suivre l'art. 1167, il n'était question des droits des créanciers que sur une donation *précédemment acceptée*; c'est-à-dire il fallait que le droit eût été acquis.

Nous terminerons en faisant remarquer qu'il importe peu qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. L'art. 2279 n'est pas applicable ici.

§ IV. — *Conditions de l'exercice de l'action.*

L'action paulienne étant une action subsidiaire de sa nature, il en résulte qu'elle n'est admissible que lorsque les biens restés dans les mains du débiteur sont insuffisants pour acquitter les créances. Elle sera même inadmissible, dans le cas où les créanciers n'ont compté que sur le crédit du débiteur, crédit qui n'aura pas été ébranlé, par quelques actes d'aliénation faits par ce dernier. L'exercice de l'action présuppose donc en général la faillite ou la déconfiture du débiteur. Il faut que l'insolvabilité de ce dernier ait été le résultat de l'acte attaqué, ou du moins qu'elle ait été augmenté par cette aliénation.

Mais cela suffit-il ? C'est ce que nous allons examiner.

Dans le droit romain primitif, le mot *fraus* signifiait seulement préjudice. S'agit-il des propriétaires dépossédés de leurs biens par l'usucapion; *fraudebantur*, disent les textes romains, et Justinien emploie le mot *fraudare* dans le même sens lorsqu'il dit, dans le liv. 2, t. vi, instit., *Ne domini maturius rebus suis defraudentur*. Relativement aux affranchissements émanés de maîtres insolubles, les Instituts, liv. 1. t. vi, § III, nous apprennent qu'il y avait eu discussion entre les jurisconsultes pour savoir quelle était la signification du mot *fraus*, et que l'opinion de ceux qui pensaient que l'on devait entendre par là l'intention jointe au fait, *consilium et eventus*, avait prévalu. Dans notre droit, pour l'exercice de l'action paulienne, faudrait-il l'intention de préjudicier ? Nous croyons qu'il y a à distinguer entre les aliénations à titre onéreux et les aliénations à titre gratuit. Occupons-nous d'abord des premières.

1^o *Aliénations à titre onéreux*. Dans ce cas, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour exiger de la part du débiteur l'intention et le fait de nuire. La loi romaine (loi 2 loi 6 § 1, ff. h. t.) l'exigeait. Ce n'est qu'ainsi, qu'on peut donner un sens aux articles 444 et 445 de l'ancien code de commerce. S'il en était autrement, tous les biens d'un débiteur seraient frappés d'interdiction. D'ailleurs ici le débiteur est supposé recevoir l'équivalent de ce qu'il donne.

Mais la fraude du débiteur est-elle suffisante, pour pouvoir intenter l'action révocatoire ? Faut-il de plus, la complicité de l'autre partie contractante. L'édit du prêteur disait : *qua fraudationis causa gesta erant, cum eo qui fraudem non ignoraverit*. En droit romain la complicité du tiers était donc nécessaire. Dans notre droit, cette nécessité pourrait être contestée. La faculté de disposer de ces biens est une concession faite au débiteur, s'il en abuse elle doit lui être retirée. L'art. 1167 ne parle que de la fraude du

débiteur, et laisse complètement à l'écart la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Il est injuste qu'un tiers s'enrichisse aux dépens d'autrui. Pour éviter une perte il n'a pas paru injuste aux jurisconsultes romains d'enlever un bénéfice. *Non iniquum esse videatur cum lucrum extorquatur non damnum infligatur.* On sera équitable envers tous, si en révoquant l'acte du débiteur, on renvoie indemne le tiers de bonne foi. Si l'on voulait exiger la fraude du tiers en accordant l'action paulienne, ce serait mettre dans les mains du créancier une arme habituellement illusoire. Que les prêteurs aient exigé de plus cette condition cela se conçoit, ils avaient à lutter contre un droit rigoureux qu'ils n'attaquaient qu'en usant de tempéraments; mais maintenant cet arnagonisme n'existe pas, l'équité doit seule guider le législateur et l'interprète de la loi.

Nous pensons néanmoins avec presque l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, que la preuve de la complicité du tiers contractant est nécessaire. La disposition de l'art. 1167 est si laconique, qu'on ne peut pas dire que le législateur n'ayant pas parlé de la complicité du tiers, n'a pas voulu l'exiger; il est censé au contraire s'en être référé aux législations antérieures. Et cette solution est même équitable. Si le tiers de bonne foi avait fait un traité désavantageux, il ne pourrait pas le faire annuler; il en supporterait les conséquences. Si dans ce cas, il supporte la perte, pourquoi lui enlèverait-on le gain, si le traité est avantageux? Il a donné la compensation de ce qu'il a reçu: *in pari causa melior est causa possidentis*. Les créanciers n'avaient qu'un *jus ad rem*; lui, était propriétaire et les titres de propriété ne doivent pas être facilement résolus. Où serait la sécurité des transactions commerciales si les tiers de bonne foi pouvaient pendant fort longtemps craindre d'être recherchés. D'ailleurs la pensée du législateur se révèle dans l'art. 443 anc. Cod. de comm. dans les art. 446

et 447 combinés de la loi du 28 mai 1838, ou la complicité du tiers est une condition nécessaire de l'action révocatoire. Cette doctrine pourra paraître injuste dans certains cas particuliers; mais elle sera équitable dans les cas généraux.

2^o *Aliénations à titre gratuit.* Quand le débiteur insolvable a aliéné ses biens à titre gratuit, les créanciers pour voir triompher leur action ont-ils besoin d'établir la complicité du donataire? Cela n'est point nécessaire d'après les traditions de la loi romaine (loi 6 § 11 h. t.) et de l'ancienne jurisprudence. L'édit du prêteur n'avait pas distingué entre les aliénations à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux; et cependant les jurisconsultes romains ne craignirent pas de faire une distinction. C'est que ces principes *nemo liberalis nisi liberatus*, — *qui certat de damno vitando anteponeendus est cui certat de lucro captando*, qui servaient de fondement à leurs décisions sont d'une vérité si éclatante, qu'ils doivent servir de règle dans toute législation. Notre doctrine et notre jurisprudence les ont adopté, on en trouve des traces dans la loi notamment dans l'art 446 de la loi du 28 mai 1838 sur les faillites.

Mais relativement au débiteur que décider? Le préjudice suffira-t-il ou bien faudra-t-il de plus l'intention de frauder? Ici les textes de nos lois semblent en opposition. D'un côté les art. 622, 788, 1053, 2225 semblent n'exiger que le préjudice, d'un autre côté, l'intention et le fait paraissent exigés par les art. 1167, 1464. Faudra-t-il admettre dans ces cas une solution opposée? Nous ne le pensons pas, où serait la raison de la différence? Pourquoi ne pas assimiler entre elles, la position de l'héritier qui renonce et la position de la femme qui renonce aussi. Est-ce que la femme n'est pas saisie des biens comme l'héritier, elle qui était associée durant la communauté? Aussi, nous sommes de l'avis de ceux qui pensent qu'on doit mettre toutes ces dis-

positions en harmonie entre elles ; qu'on doit se montrer également faciles ou également rigoureux pour admettre l'action des créanciers.

Pour soutenir qu'il faut l'*eventus* et le *concilium fraudis* l'on dit : la loi romaine exigeait les deux circonstances (inst. li. 1 t. 6 § 3 et loi 15 ff. h. t.) Dans l'ancienne jurisprudence l'on employait le mot *fraude* et l'on sait quelle est la partie habituelle de ce mot. Quand on édicta les art. 622, 788, 1053. On mit bien le mot préjudice, mais l'on n'avait pas encore édicté l'art. 1167 où l'on se réservait de préciser les conditions nécessaires pour l'action. Quand l'article 1167 fut édicté, l'on employa le mot *fraude* et cet article est le siège principal de la matière, les autres ne prévoient que quelques cas particuliers. Ce qui montre bien l'intention du législateur, c'est le rejet de l'article qui devait suivre l'art. 1167. La cour de cassation voulait que dans certains cas le préjudice fut suffisant, et d'après cette observation la section de législation édicta un article qui portait que le dommage suffirait pour la renonciation à une succession ou à une donation précédemment acceptée. Cet article fut supprimé. Cette intention du législateur se montre encore dans l'art. 1464 postérieur à l'art. 1167, il prévoit un cas analogue au cas de l'art. 788 et n'exige plus simplement le préjudice, mais la fraude. Au reste l'art. 1167 est applicable aux donations et *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Pour si concluantes que paraissent ces raisons, nous inclinons néanmoins vers l'opinion contraire. Dans celle que nous venons d'exposer, on argumente peut-être un peu trop légèrement des lois romaines. Il est vrai que pour les affranchissements à cause de la faveur de ces libéralités on exigeait *concilium et eventus fraudis*.

Mais lorsqu'il s'agit des autres libéralités, le préjudice nous paraît suffire, et la mot fraude, devient alors son

synonyme. Dans la loi 17 § 1. 8. t., le jurisconsulte Julien dit bien, qu'il n'est pas nécessaire que le débiteur ait eu l'intention de nuire, qu'il suffit qu'il se soit réduit à l'état d'insolvabilité.

D'ailleurs le prêteur devait se montrer plus difficile que notre législateur pour annuler un acte valable d'après le droit civil. C'est pour cela qu'il exigeait ordinairement le dol ou toute autre juste cause.

Passons aux articles du code civil. Quant aux articles 622, 788, 1053, nous regardons comme incontestable, que le préjudice doit suffire. Les textes sont formels; nous ne voyons pas pourquoi l'on se montrerait plus rigoureux, la première rédaction exigeait la fraude. La cour de cassation fit observer que le préjudice devait suffire et les articles précités furent modifiés dans ce sens. Ce changement de rédaction est bien intentionnel. Quant à la réserve qu'on prétend avoir été faite en adoptant les art. 788, 622, 1053 nous n'en avons trouvé aucune trace dans Loaré.

Les paroles de M. Berlier au conseil d'état (Loaré t. x., p. 112), de M. Treilhard dans un exposé des motifs (idem t. x. p. 195), indiquent bien aussi que le préjudice doit suffire. Dans son discours au corps législatif, le tribun Gary montre bien que c'était là l'opinion du tribunat; et ses paroles sur l'art. 622, peuvent bien être étendues à tous les cas analogues.

Qu'importe la suppression de l'article additionnel? Cet article n'était-il pas inutile après la rédaction de l'art. 788. Quant à l'art. 2225, tout le monde convient que le préjudice est suffisant. Et maintenant, nous nous demanderons comment le préjudice ne suffirait pas dans le cas de donation, dans le cas d'une renonciation à la communauté? Comment un héritier, ignorant les charges d'une succession hésitera, n'acceptera pas et les créanciers pourront attaquer cette renonciation comme préjudiciable? Comment,

un débiteur souvent par scrupule de conscience, renoncera à la prescription et ses créanciers pourront l'invoquer ? Et une femme mariée renoncerait à la communauté, elle qui n'est pas tenu *ultra vires* elle qui n'a rien à craindre d'une acceptation et ses créanciers ne pourront pas agir. Non, qu'on nous passe le mot, une telle bizarrerie n'est pas possible dans nos lois.

Qu'invoquera-t-on contre nous, l'opinion de Pothier, lui qui avait fini par reconnaître, qu'on devait assimiler la femme renonçante à l'héritier renonçant ? Se retranchera-t-on derrière la généralité des termes de l'art. 1167, pour soutenir, qu'il faut la fraude dans les donations ? Nous répondons que cet article a été surtout édicté en vue des contrats à titre onéreux et qu'on n'avait guère en vue dans tout ce titre les dispositions à titre gratuit. Nous répondrons que la distinction est fondée en raison. Il y a certains principes en droit qui sont exclusivement propres aux donations et qui doivent être appliqués, véritables aphorismes de droit que notre législateur a adoptés, toutes les fois qu'il n'a pas dit formellement le contraire. Ces principes nous les avons déjà cités. *Nemo liberalis nisi liberatus qui certat de damno vitando anteponeendus est cui certat de lucro captando — nemo jactura alterius locupletior fieri potest.* Ces principes nous ont fait regarder comme inutile la bonne foi des tiers ; n'ont-ils pas la même force lorsqu'il s'agira de la bonne foi du débiteur ? S'il en était autrement, on abuserait singulièrement de ces raisons banales tirées de la bonne foi. Les débiteurs auraient un moyen trop facile de soustraire leurs biens à leurs créanciers ; il serait souvent très-difficile de prouver la mauvaise foi. Ainsi, dans le cas d'aliénation à titre gratuit, nous regardons le mot fraude comme synonyme du mot *préjudice*. La fraude sera légalement présumée dans le donateur qui n'ignorant pas ses dettes se rend insolvable par sa donation, elle sera présumée dans la

femme qui renonce. Au reste, l'opinion que nous émettons nous paraît avoir servi de guide au législateur dans la rédaction des art. 444, an. Cod. de commerce et 446 de la nouvelle loi sur les faillites. — Notre théorie pourra paraître bien hardie; mais nous la croyons fondée sur l'équité.

Parmi les donations, il y en a qui sont purement à titre gratuit. D'autres revêtent, en tout ou en partie, le caractère d'actes commutatifs; il faut alors avoir égard à la valeur des services rendus ou aux charges imposées. Il n'y a donation que pour le surplus.

Nous examinerons ici une espèce toute particulière, les donations pour dot. D'après la loi romaine, (loi 25, h. t.), lorsqu'un père insolvable a doté sa fille, il faut distinguer, quant au mari, s'il était ou non de mauvaise foi; ce n'est par rapport à lui qu'un contrat à titre onéreux. La dot a été donnée *ad onera matrimonii sustinenda, indotatum uxorem non duxisset*, la donation ne pourra donc être révoquée qu'en prouvant sa complicité. Mais quant à la fille, le jurisconsulte Venuleius, loi précitée, ne voit qu'une donation ordinaire (et il faut remarquer qu'en droit romain le père était civilement obligé de doter sa fille,) qu'il soumet par conséquent aux mêmes conditions relativement à l'action des créanciers. Nous pensons que les décisions de ce jurisconsulte doivent être suivies dans notre droit. De nos jours, les exemples ne manqueraient pas, pour montrer son équité. Ces donations sont sujettes à réduction, révocables comme les autres, elles ne le sont pas, il est vrai, pour cause d'ingratitude; parce que la libéralité est censée faite aussi en faveur des enfants. Ces donations sont sujettes à la garantie; elles ont cela de commun avec les contrats à titre onéreux; mais cela ne concerne que les rapports du donateur et du donataire. Elle ne ressemble en rien à un contrat à titre onéreux par rapport aux créanciers. Le do-

nateur ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'il donne; il s'est appauvri comme il l'aurait fait par toute autre libéralité, et cela, au détriment des créanciers. Ceux-ci, *certant de damno vitando* le donateur *de lucro captando*. Allèguerait-on que le père, en dotant sa fille, accomplit une obligation naturelle? Mais le père n'est obligé qu'à la doter proportionnellement à sa fortune, et c'est une obligation naturelle pour lui de ne pas la doter au détriment de ses créanciers. Sur cette question la doctrine et la jurisprudence flottent incertaines, (V. Cass., 6 juin 1844. Paris 31 janvier 1845).

§ V. — *Quels sont ceux qui peuvent être atteints par l'action.*

L'action paulienne est de sa nature *rei persecutoria*, aussi les créanciers peuvent par cette action atteindre non-seulement ceux qui ont traité avec le débiteur par eux-mêmes ou par leurs représentants, mais encore les autres tiers détenteurs d'immeubles, soit à titre singulier, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Ne doit-on pas cependant faire une exception pour le cas, où le tiers détenteur à titre onéreux était de bonne foi? Les jurisconsultes romains l'avaient faite (loi 15, h. t.). Cette exception peut pourtant être vivement contestée, Elle était toute naturelle en droit romain où l'action du dol ne pouvait en général atteindre que les coupables, mais dans notre droit le principe : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* doit être interprété fort largement d'après l'économie générale du Code, art. 2125, 2182, 954, 963, 1664, 1673, 1681. Une fois que l'action est admise, elle fait pour ainsi dire impression sur les biens et les suit en quelques mains qu'ils passent.—Cependant nous inclinons vers l'opinion contraire. C'est au nom de l'équité qu'on est venu au secours des créanciers; c'est au nom de l'équité que nous venons main-

tenant au secours de l'acquéreur. S'il avait acquis du débiteur lui-même, sa bonne foi l'aurait sauvé; et pourquoi ne le sauverait-elle pas, alors qu'il pouvait bien moins connaître la position du débiteur? S'il avait acquis d'un mandataire, ayant qualité pour vendre, il serait en sûreté; et celui dont il tient les droits ne doit-il pas au moins être assimilé à ce mandataire? Le prêteur n'avait pas considéré seulement le dol des contractants, sans quoi li aurait été forcé de refuser l'action contre les donataires de bonne foi. Certainement si une partie contractante est victime du dol, elle pourra agir dans ce cas contre l'acquéreur d'après la maxime *Is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*. Mais ici les créanciers ne sont pas propriétaires, ils n'ont qu'un *jus ad rem*. S'ils ont payé, l'acquéreur a aussi payé, *in pari causa melior est causa possidentis*; mais, de plus, le tiers est devenu propriétaire, et sous ce point de vue il est plus qu'*in pari causa*. D'ailleurs, si l'acquéreur tenait ses droits d'un donataire de bonne foi, pourquoi soumettrait-on ce dernier à une action en garantie?

2 VI. — *Quels créanciers peuvent agir.*

Il n'y a que les biens présents ou à venir qui soient le gage des créanciers. Ces derniers ne peuvent donc que révoquer les actes antérieurs du débiteur, par lesquels il a aliéné une partie de ses biens. Pour eux il ne peut y avoir ni fraude, ni préjudice dans l'acte. Les créanciers qui veulent agir doivent donc, avant tout, prouver *légalement* que leur créance est antérieure à l'acte attaqué. S'il en était autrement les tiers pourraient toujours dire : Qu'est-ce qui nous prouve que vous n'avez pas colludé avec le débiteur?

Nous écarterions néanmoins l'application de l'art. 1338 dans le cas où l'on établirait que le tiers qui a traité avec le débiteur connaissait l'existence de la créance.

Mais il est des créances pour lesquelles il n'est pas d'usage de fournir des titres. Ainsi, par exemple, les fournitures des marchands; dans ce cas, l'existence des créances et leur antériorité se prouvent par des circonstances plausibles, par le registre des fournisseurs.....

Cependant il faut faire une distinction entre les actes frauduleux et sincères dont il est question dans l'art. 1167 et les actes simulés. Quant à ces derniers, toute partie intéressée, par conséquent tout créancier, soit antérieur, soit postérieur, peut l'attaquer.

Cette confusion a été cause d'une erreur qu'ont faite certains auteurs en enseignant qu'il y avait divergence dans la jurisprudence sur le point de savoir, si les créanciers postérieurs à un acte frauduleux pouvaient l'attaquer.

En matière de commerce, le principe que nous avons posé reçoit une exception. Tous peuvent demander la nullité de l'acte fait avant la faillite. Les créanciers postérieurs ont pu ignorer l'acte récent, qui compromettait la fortune du débiteur.

Au reste, l'antériorité est seule nécessaire; la créance peut ne pas être liquide; mais doit-elle être exigible? Au premier abord, cela peut paraître nécessaire; les tiers pouvant exiger la discussion des biens du débiteur; et comment les créanciers à terme pourront-ils le faire, eux qui n'ont aucun droit d'action avant cette époque? La faillite ou la déconfiture rendent bien toutes les dettes exigibles, mais cet état du débiteur ne peut être constaté que par des poursuites. Cependant en y réfléchissant un peu, on voit que l'opinion contraire mérite la préférence. L'action des créanciers a ici sa cause indépendante du titre; elle résulte du dol pratiqué, ou du préjudice occasionné envers eux par le débiteur. Cette action ayant pour principe l'équité, doit avoir lieu partout où l'équité commande (loi 13, ff. lil. 44, t. iv), et l'équité ne veut pas que les créanciers soient forcés

à considérer souvent leur ruine imminente, sans pouvoir la prévenir. L'action dérivant de leur titre, est suspendue par un délai; mais leur action dans ce cas n'est suspendue par aucun. C'est là le cas où jamais d'appliquer l'art. 1188, contre le débiteur qui, par son fait, diminue les sûretés qu'il avait données. — Mais l'action paulienne ne peut pas être classée dans la catégorie des actes conservatoires, le créancier conditionnel ne pourra donc pas l'exercer.

Dans le cas où la fraude du débiteur est nécessaire, les créanciers que le débiteur a voulu frauder seraient les seuls qui pussent attaquer l'acte, cependant il est très difficile d'admettre que le débiteur ait voulu frauder certains de ses créanciers et non les autres, puisqu'ils ont tous des droits égaux. Aussi cette distinction qu'avait fait la loi romaine, (loi 10, § 1, *quæ in fraud...*), entre les créanciers fraudés et ceux qu'on n'a pas voulu frauder, est à peu près inutile. — Toute personne qui ayant fourni les deniers se sera faite subroger conformément à l'art. 1250, § II aux droits du créancier fraudé, pourra exercer l'action paulienne; si toutefois, il n'a pas eu connaissance de la fraude, car on le repousserait par la maxime : *Volenti non fit injuriæ*.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il ne s'agissait que des créanciers chirographaires. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ont les mêmes droits; seulement, si leur gage était suffisant, ils pourraient être déclarés non recevables, faute d'intérêt. — A ce propos s'est élevée une question controversée, celle de savoir : si la surenchère est exclusive de l'application de l'art. 1167. Certains ont voulu distinguer le cas où les créanciers ont connu la fraude avant la surenchère, du cas où ils ne l'ont connue qu'après. Dans ce dernier cas, ils accordent l'action, dans le premier, ils la refusent. La surenchère, disent-ils, est une voie plus simple. Nous ne sommes nullement frappés de cette distinction. Chacune de ces deux actions a sa cause particulière. Dans l'une on inculpe la

mauvaise foi du débiteur et de l'acquéreur, dans l'autre on peut n'avoir rien à leur reprocher; le débiteur n'a pas pu trouver un meilleur prix. Du reste, les créanciers peuvent avoir intérêt à ne pas devenir propriétaires, et ils courront grande chance de le devenir, en surenchérissant. Enfin, la purge de l'hypothèque éteint le droit de suite, mais ne peut anéantir les autres vices du contrat. Les créanciers ne pourraient être déclarés déchus, que s'il y avait de leur part ratification implicite ou explicite.

Un donateur antérieur peut exercer l'action paulienne à l'égard d'un donataire postérieur. La raison de douter serait celle-ci : *Utrique certant de lucro captando*. Mais la priorité du titre doit l'emporter. Nous admettons cela lors même que la seconde donation serait transcrite avant la première.

L'action paulienne est transmissible (loi 10, § XXV, h. t. Code civ., 1122). Elle peut aussi être l'objet d'une subrogation judiciaire.

Tous les créanciers ont une action individuelle, ils peuvent donc agir *ut singuli*, ils peuvent aussi se réunir, mais la réunion n'est forcée que dans le cas de faillite; alors les créanciers sont représentés par les syndics.

§ VII. — Marche de l'action.

La procédure en révocation des actes, doit être dirigée contre les tiers qui ont traité avec le débiteur, ou qui ont profité des renonciations, mais il sera nécessaire de mettre en cause ce dernier si la créance est contestée, ou bien s'il est nécessaire de prouver la fraude. De plus, les tiers peuvent exiger la discussion des biens, cas dans lequel il faudra agir contre le débiteur. La compétence sera déterminée par l'art. 59, § I, si les actions sont séparées, et par l'art. 59, § II si les deux actions sont simultanées, ce qui est plus

prudent et plus régulier. L'action peut aussi être engagée par voie incidente, si un acte frustatoire est opposé pendant une instance.

La bonne foi est toujours présumée; les créanciers sont demandeurs; c'est donc à eux de prouver la fraude. Par fraude il ne faut pas entendre des manœuvres pour tromper, telles qu'elles sont exigées pour obtenir la rescision d'un contrat; tous les monuments de la jurisprudence établissent que la bonne foi suffit dans ce cas-ci. Les créanciers peuvent employer tous les moyens pour établir la fraude. Ainsi, la preuve testimoniale, les présomptions (1353), sont admissibles. La vilité du prix sera ordinairement un indice certain de la fraude, (loi 7. ff. h. t.). De cela seul, que le débiteur savait avoir des dettes, il ne sera pas nécessairement constitué en fraude. Il espérait peut-être la payer avec ce qu'il retirerait du contrat, ou avec ce qui lui resterait. *Sape enim de suis facultatibus amplius quam in his est sperant homines*. La connaissance des dettes que peut avoir le tiers ne le rend pas non plus nécessairement complice, (loi 10, § II, ff. h. t.) Le créancier, qui hors le cas de faillite, prend avec son débiteur des arrangements quelconques pour recouvrer son dû, ne peut, par cela seul, être accusé de complicité par ses créanciers, qui ne trouvent pas dans les biens du débiteur, somme suffisante pour être payés intégralement. *Quisque enim sibi vigilat, suum recepit*. Nous ne pensons pas qu'on puisse appliquer à la simple déconfiture les principes relatifs à la faillite, et par conséquent la distinction proposée par les jurisconsultes Julien et Ulpien, (loi 6 § 7), qui avait pour fondement la *missio in possessionem pratoriana*. Mais elle est applicable, s'il y a eu délaissement des biens, (Rej., 24 nov. 1835), ou saisie. La doctrine ne peut guère préciser sur une matière qui doit être laissée à l'arbitraire des tribunaux. — En matière de faillite, la fraude est présumée dans certains cas par la loi. (Art. 446 et suiv.)

Relativement à l'exception de discussion proposée par les créanciers ; nous ne pensons pas , que les tiers soient obligés de remplir les conditions exigées de la caution , par l'article 2023. Leur position est bien différente.

Cependant les anciens auteurs et l'ancienne jurisprudence admettaient , que l'insolvabilité relative du débiteur suffisait , et que les créanciers ne pouvaient être soumis à discuter les biens du débiteur , lorsqu'ils étaient d'une discussion trop difficile , par exemple , les biens litigieux , ou situés à l'étranger. (Loyseau garantie des rentes. ch. 9 n^o 14, 17, 18. — Arrêtés de Lamoignon. t. 24, art. 30.) La cour de cassation (Rej. 22 juillet 1835) , a admis la même restriction et nous l'admettons avec elle. S'il y a eu plusieurs actes , les créanciers doivent commencer par faire annuler les derniers , et puis en remontant , jusqu'à ce que leur gage soit suffisant.

§ VIII. Effets de l'action paulienne.

L'action paulienne admise , révoque les actes *ex tunc*. Tels étaient les principes de la loi romaine que nous devons suivre encore. *Præterea sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerint sive obligationes* (loi 10 § 22, h. t.) *Etiā actiones restituantur* (loi 24.) Ainsi , les immeubles aliénés rentrent dans le patrimoine du débiteur , libres de toutes charges créées depuis. Les créances éteintes renaissent. Cependant il faut faire une restriction : ce n'est que relativement aux créanciers que cette révocation a lieu. A l'égard de toute autre personne l'acte est valable. Une fois les créances payées , la condition du tiers n'est pas changée (art. 788 et arg. de cet art.) L'action paulienne n'est pas de sa nature *solidi persecutoria*.

Si les immeubles ont été valablement aliénés par les

tiers, les donataires de bonne foi ne seront tenus que du prix qu'ils en ont retiré. *In quantum locupletiores facti sunt.* Les vendeurs de mauvaise foi, seront tenus de toute la valeur des objets. Mais si à la suite de sa donation, le donataire à son tour, en a fait une autre ; si la seconde donation n'est qu'une conséquence de la première si sans celle-ci, il n'avait pas lui-même donné (question laissée à l'arbitraire des tribunaux) nous croyons même, qu'il ne sera tenu de rien.

Quant aux fruits, les possesseurs de mauvaise foi devront en rendre compte, mais les possesseurs de bonne foi n'y seront pas tenus (549 et 550); leur bonne foi doit les préserver souvent de leur ruine. — Les acquéreurs évincés ne pourront redemander le prix, à moins qu'il ne se trouve entre les mains du débiteur vendeur, ou bien à moins qu'il n'ait occasionné l'augmentation du patrimoine. Dans ce dernier cas, ils ne pourront exiger que la plus value (loi 7 et 8 ff. h. t. et arg. de ces lois). « Tous ceux, dit Domat, qui contribuent aux fraudes que font leurs débiteurs à leurs créanciers, soit qu'ils en profitent, soit qu'ils prêtent leur nom, sont tenus de réparer le tort qu'ils ont fait. »

Quant aux impenses, ils ne pourront demander que la plus value des biens; tandis qu'ils seront tenus de toutes les détériorations. Cependant d'après les principes généraux, les possesseurs de bonne foi ne doivent pas être traités avec autant de sévérité.

Examinons maintenant les effets de l'action, relativement aux créanciers.

Les créanciers agissant dans l'intérêt de leur gage, le jugement variera suivant la nature de leurs droits. S'il s'agit d'une donation pécuniaire, le jugement qui donnera droit au créancier, condamnera le donataire à payer. S'il s'agit d'objets corporels, le créancier ne peut pas demander

la propriété des objets ; mais il obtiendra la révocation de la disposition , afin que les biens rentrent , quant à lui , dans la main du débiteur , c'est-à-dire , dans son gage. Cela posé , examinons le cas où quelques créanciers agissent seuls ; il est clair que tant que le jugement n'est pas rendu les autres peuvent intervenir ; mais s'ils n'interviennent pas , quel sera l'effet du jugement ? Si le jugement condamne le donataire à payer aux créanciers agissants , ce qui leur est dû , le jugement est spécial , car il est mesuré à l'étendue de leurs créances , les autres créanciers ne sauraient en profiter. S'il s'agit d'aliénations de titre , lorsque le créancier agissant , obtient la résolution et la condamnation du tiers à se libérer entre ses mains ; ce jugement est encore limité à l'étendue de la dette ; il est spécial à celui qui a agi ; il équivaut à un transport à son profit. Mais s'il s'agit d'objets corporels , meubles ou immeubles , que le jugement fait rentrer dans le gage commun. Les créanciers non poursuivants ne pourraient-ils pas profiter du bénéfice du jugement ? Ils peuvent dire et cela avec raison , le jugement a eu pour résultat de faire rentrer les biens dans le gage commun qui est aussi le nôtre. En définitive , quel est votre droit , c'est de faire saisir et vendre les biens ; mais n'arrivons-nous pas à temps pour l'exercer ? Vous avez fait des frais , nous offrons d'y participer. Il n'y a rien à répondre à cela. — Il y a cependant une précision à faire. Si l'action est prescrite ; et si la prescription n'a été interrompue que par certains créanciers ; il nous paraît que dans ce cas , les autres créanciers ne sauraient se prévaloir de l'action exercée par ces derniers , à moins que leurs créances ne fussent indivisibles ou solidaires. La disposition de biens ne sera révoquée , que jusqu'à concurrence des droits des agissants , la négligence de leurs cocréanciers ne peut nuire aux tiers , ni à eux. — Cette précision en amène une autre , ne faut-il pas distinguer entre les créan-

ciers antérieurs à la disposition et les créanciers postérieurs? Ces derniers ont-ils des droits sur les biens rentrés dans le patrimoine du débiteur? On peut dire en leur faveur : les biens rentrés dans le patrimoine sont censés n'en être jamais sortis (inst. 1. 4. t. 6 § 6.) Et tous les créanciers ont des droits égaux sur les biens de leurs débiteurs, à moins qu'il n'y ait des causes légitimes de préférence (2092, 2093.) En cas de faillite, tous les créanciers ne profitent-ils pas de l'acte attaqué? La doctrine semble avoir sanctionné le droit des créanciers postérieurs. — Quant à nous, il nous paraît que c'est à tort. La disposition n'est pas inexistante; elle est seulement, dans notre droit, susceptible d'être annulée. Mais en faveur de qui? En faveur des créanciers antérieurs seulement. Par qui? Encore par les créanciers antérieurs. Elle est donc valable à l'égard de toute autre personne. Et si les créanciers postérieurs ne peuvent pas intentar l'action. Comment pourraient-ils en profiter? En se retranchant derrière les articles 2092 et 2093, on n'est pas je crois plus heureux. Les créanciers n'ont de gage que sur les biens présents et à venir de leur débiteur. Mais les biens aliénés n'étaient plus, par rapport à ce dernier, dans son patrimoine; il n'a donc pas pu conférer aux créanciers un droit sur eux. Si ces biens rentrent dans le patrimoine ce ne peut être que par rapport à ceux qui avaient des droits sur eux, c'est-à-dire par rapport aux créanciers fraudés. D'ailleurs on pourrait leur dire; si les tiers y ayant intérêt avaient désintéressé intégralement les créanciers; auriez-vous pu demander une part? Non assurément. Et vous le pourriez, si les tiers se laissent condamner? Si les créanciers postérieurs devaient diminuer la part des créanciers antérieurs, on devrait permettre à ces derniers, de comprendre, dans leur action, toutes les créances antérieures ou postérieures à l'acte; il faudrait, dans le cas où il y a plusieurs aliénations, que les premiers acquéreurs ne pussent

pas dire aux créanciers agissants : les premières révocations n'est suffisantes pour votre gage, l'insolvabilité du débiteur soit survenue qu'après notre acquisition. Et l'on n'oserait pas, je pense, aller jusque-là. Si, dans le cas de faillite, on a admis au bénéfice de la révocation, tous les créanciers ; c'est que tous avaient le droit de la demander.

§ IX. *Fins de non recevoir.*

Le consentement exprès ou tacite, donné par le créancier à l'acte attaqué, est une première fin de non recevoir contre lui. *volenti non fit injuria.* — Le désintéressement intégral offert par le tiers détenteur au créancier ou aux créanciers agissants, arrête encore leur action ; parce qu'elle n'a plus d'intérêt. Sauf aux autres créanciers à intenter une nouvelle action. La première étant éteinte ils ne pourraient pas s'y faire subroger.

L'action des créanciers serait encore paralysée, si les tiers détenteurs non appelés dans l'instance en discussion, prouvaient, que c'est par négligence ou par collusion, que cette dernière n'a pas établi la solvabilité du débiteur.

Enfin, comme toutes les autres actions, l'action paulienne est soumise à la prescription. Mais quel en sera le délai ? Le prêteur à Rome, avait accordé à cette action une année, comme il l'accordait à toutes les actions utiles. (*intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. præc. ff. h. t.*) Il y avait pourtant quelques modifications (loi 6 § 23 et 24.)

Au reste, en cas de vente, l'année ne commençait à courir que du jour de la vente, *ex die factæ venditionis.* (loi 6 § 14.) Justinien par une de ces constitutions, convertit cette année en quatre années continues (loi 7 C. de temp in inte rest.) Dans notre droit, quel sera le délai de la

prescription. Toullier, liv. 3, no 356; dit « que c'était sous l'ancienne jurisprudence aux juges à décider, d'après les circonstances, quel temps était suffisant pour agir, et c'est, dit-il, ce qui a lieu sous l'empire de la loi nouvelle. » C'est là une grave erreur échappée à ce jurisconsulte. Le délai de la prescription est livré à l'arbitraire du législateur et non à l'arbitraire du juge. Ce dernier ne peut déclarer la prescription acquise, qu'en s'appuyant sur un texte de loi. La seule question qu'on puisse se proposer est celle-ci. Faut-il appliquer à l'action paulienne, l'art. 1304; ou les principes ordinaires en matière de prescription?

Ceux qui veulent l'application de l'art. 1304 disent : qu'il s'agit ici d'une action en rescision, cela est si vrai, qu'elle est éteinte par le désintéressement du créancier. Ils disent encore qu'il faut se rapprocher autant que possible des principes de l'ancienne jurisprudence et du droit romain; que les preuves de la fraude peuvent disparaître bientôt. Quant à nous, nous pensons qu'il faut appliquer les principes généraux. Dans l'art. 1304, il n'est question que des parties contractantes; cela résulte des termes de l'article. L'action a pour fondement un consentement imparfait. — Mais les créanciers n'ont pas consenti, ils sont totalement étrangers à l'acte. Si l'on appliquait l'art. 1304, pourquoi n'appliquerait-on pas souvent pour le cas de vente l'article 1676; et le délai de deux ans, accordé par cet article, serait évidemment trop court.

D'ailleurs, ne peut-on pas assimiler sous un certain rapport, la vente que fait le débiteur au détriment des créanciers, à la vente de la chose d'autrui, cas dans lequel l'article 1304 n'est certes pas applicable, à l'égard du propriétaire? Aussi, nous pensons que le délai de la prescription est de trente ans (2262.) Seulement, si le tiers détenteur se trouve dans la position voulue par l'art. 2265; par exemple, si c'est un donataire de bonne foi; il pourra,

conformément à ce dernier article, acquérir par dix ou vingt ans.

Cependant il faut faire une exception pour le cas où les créanciers du mari, attaquent comme frauduleuse la séparation de biens obtenue par la femme, l'action se prescrit alors par un an (art. 873, cod. proc.) quand les formalités exigées par l'art. 872 (*idem*) ont été remplies.





Ins Romanum.

(Lib. vii. ff. ins. l. i. §. iv.)

Omnia in re jura, scilicet, jus utendi, fruendi, abutendi, in dominio continentur. Sæpe verò, quibusdam detractis, imperfectum fit dominium. Si quis jus utendi, fruendi, habet, usufructuarius, jusque suum usufructus vocatur. Quo sublato, per aliquod tempus, cætera autem jura domino relicta, nudam proprietatem constituunt. Nihil aliud est usufructus, nisi servitus rei inhærens alterius beneficio. Quisque in re suâ usufructum habere nequit, sed dominium. Res sua nemini servit.

Etiamsi in re corporali sedeat omne jus, natura incorporale est. Sed dominium, propter amplitudinem suam, propter omnia commoda exclusoriè à domino comparata, quæ rem illi connectunt, jure pro jurium collectione semper accepto, cujusque omissâ conjunctione, in scientiâ juris, veluti res corporea apparuit, possiderique, cum omnia cætera jura, nominatim usufructus, quasi possideri tantummodò visa sunt. Hæc quasi possessio quam, pro jure suo agens, invocare potest usufructuarius, de traditione consequentiam posterius expensuram affert.

Prædiorum servitutibus, posterior videtur usufructus. De illo nihil, nec in duodecim Tabularum fragmentis, neque in veteribus jurisconsultis reperitur; attamen Cicero, tempore suo, usufructum jam constitutum fuisse nobis didicit.

Sic definitur usufructus : jus alienis rebus utendi, fruendi, salvâ rerum substantiâ (Inst. lib. 2, tit. iv. — D., lib. vii, t. 1, L. 1).

Quæ definitio juris naturam et latitudinem nobis præbet, simulque delimitat. De verborum significatione : *Salvâ rerum substantiâ*, multum certant jurisperiti. Multi sunt qui putant, magnoperè verbis subsequentibus confidentes, hæc verba significare : usufructuarium uti, frui posse, quamdiù substantia rerum

salva maneat. Alii autem, his verbis jus abutendi non concessum fuisse, et, ad suam corroborandam sententiam, verba Ulpiani (Ulp. reg. tit. 26 § 27) præbent. Quæ autem harum sententiarum, ad theoriceum omnino pertinentium, accipienda sit. Sine dubio posteriorem veriore habuimus.

Omnis rei, seu mobilis, seu immobilis, ut puta ædium, prædiorum, servorum, jumentorum, etiam infantis ægrotantis furiosi, quoniam infans crescere, ægrotans convalescere, furiosus resipiscere possint. ; imò omnis rei, quæ aliquam amænitatem affert, constare potest usufructus. Ab aliis servitutibus discrepans, jus utendi, fruendi, dividuum esse placuit; et singulas res, aut universa bona, aut partes eorum comprehendere posse.

Quoniam verò res, salvâ substantiâ ab usufructuario, finito jure, restituendæ sint; hanc consequentiam earum quæ usu consumuntur, veluti olei, vini, titrici, usufructum prohiberi, deduxerunt jurisconsulti. Sed imprimis testatorum optatis respondens, Augusto regnante puto, senatusconsultum, earum rerum usufructum permittens, emissum fuit. Qui usufructus improprius, specialibus regulis sæpe rectus, de quibus infra dicendum est, vulgò posterea quasi usufructus nominatus fuit.

Quisque in re suâ, etsi non usufructum sed dominium habeat, imò etsi nudam proprietatem solam retineat, quo casu, aliùs finito jure, incipiet, constituere cujuscumque beneficio, etiam Mancipiorum, quorum causâ prudentes dubitavere, potest usufructum.

Nunc, de quibus modis usufructus constitui potest, juri antiquo, juri que Justiniano separatim studere debemus.

1. *Jus antiquum.* — Plurimæ servitutes res Mancipi sunt, tamen usufructum rem nec Mancipi esse placuit. Quoniam verò res Mancipi solâ Mancipatione, resque nec Mancipi non Mancipatione, constitui queant, non hoc modo, sed in jure cessione, usufructus constituendus est, excepto quem posterius notabimus casu. Rerum nec Mancipi dominium traditione

transfertur ; attamen res incorporales , inter quas usufructus , tantum civili modo , non traditione , quæ juris gentium est , transferuntur (Paul. Vat. frag. § 48). Saltem verò usufructus traditio , aut , ut melius dicam , quasi traditio , ad usucapionis principium non valeret ? Lege Scriboniâ , hunc modum constituendarum servitutum prohibente , nobis apparuit antea usufructus usucapionem receptam fuisse.

In *legitimo* quoque judicio , familiæ erciscundæ et communi dividundo , judex , adjudicando alii nudam proprietatem , alii usufructum , hunc constituebat.

Ex testamento constare potest usufructus , ipso jure in legatis per vindicationem , in verò legatis per damnationem , ab hærede præstandus.

Posteriùs quoque in liberorum peculio adventitio , imperatorum constitutiones generaliter ascendentibus usufructum tribuerunt.

Cum autem diximus usufructus mancipationem non valere , hoc intelligendum est si de usufructu tantummodo agatur. Sed in mancipandâ proprietate usufructum deductum valdè constitutum fuisse manifestum est. Idemque dicendum in legatis , et in jure cessione. Sed rerum nec mancipi usufructum detrahendo , nunquam nihil agi putamus (Paul. Vat. frag.).

Ad certum tempus et in jure , cedi et legari et officio judicis constitui potest usufructus (Paul. , frag. Val. § 28) , ad conditionemque puto. Ex certo tempore , legatus valdè constat usufructus ; an verò in jure cedi , vel adjudicari posset , inter jurisperitos dubitabatur. Usufructum ita transferri non vult Paulus , quia cessio in jure , legis actionem sacramentum imitatur , nullaque legis actio prodita est de futuro (Paul. , ibid. , 49). Hanc sententiam , saltem in adjudicatione , non probat Ulpianus (L. 16, § 2, D. , Fam. ercis). Sed , cum putamus de jure præsentis , non de futuro judicem cognovisse , veram credimus. Ad diem , ad conditionem , in legatis usufructum deduci posse , non est dubium. An verò hæc facultas in mancipatione et cessione in jure sit , dissentiunt jurisprudentes ; dumque Paulo , in lege

duodecim Tabularum confirmante addita in mancipatione vel in cessione in jure pacta, confidenti, concessa videtur; hunc modum non permittit Pomponius. Sed quid juris, de usufructu ex die vel ex conditione deducto, Paulus quoque manet incertus; attamen in legatis id probabiliter fieri poterat. — Animadvertere debemus hos modos, non propter naturam usufructus, sed propter actus legitimos, quibus constituebantur, prohibitos fuisse, quâ causâ, post illorum abrogationem valuisse.

Usufructu constituto, duæ dabantur in rem actiones: confessoria ad illum defendendum, usufructuario; negatoria ad rem vindicandam, domino. Legis actionibus non abrogatis, sacramento agebatur; postea verò, per sponsionem, vel per formulam petitoriam. In sponsionis modo, si *satisfacere* pro prædelictis et vindictarum; in formulæ petitoriæ modo, si *judicatum solvi* noleret defensor; interdictum *quem usufructum*, quo in possessionem actor mittebatur, prætor dabat.

Hæc ita in italico solo. Sed quoniam prædiorum provinciarum dominium populo romano vel Cæsari esset; in illis, nullam domini partem, ideo usufructum, cuicumque jure transferri posse, plus quàm manifestum erat. Attamen Gaius, in solo provinciali, servitutes pactis et stipulationibus constitui posse, scripsit. Quid ergo est? In solo quo nullum fieri potest dominium privatum; modoque quo nunquam jus in re, sed semper jus ad personam tribuitur, civiliter constitueretur usufructus? Hæc verba, præterea in legatis per damnationem, in quibus nullum dubium est servitutes ipso jure non transferri, adhibita, ita intelligenda sunt: si quis de usufructu præstando convenerit et poenam, ne à possessore impediretur, stipulaverit, illi actio ex stipulatu competet ad solvendam poenam, si reus promittendi usufructum præstare nequit. Sæpè quoque de usufructu constituendo stipulabatur. Sed quomodo id fietur, si, propter fundi naturam, nec in jure cessio, nec mancipatio adhiberi possint? Juris civilis rigorem emendantes, hanc lacunam explerunt prætores; juris possessionem veluti quasi possessionem æstimantes, interdicta *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, utiliter transformata tribuerunt (Frag. Vat., § 90-93).

Alterum quoque modum transferendi usufructus, præbuerunt prætores. Ad usufructum constituendum non valere traditionem vidimus; sed prætores, possessionem ad usucapionem idoneam, nisi juris civilis regularum prolatio lege defenderetur, reperientes, usufructuarii gratiâ, actionem in rem publicianam utilem introduxerunt. Tunc dicitur usufructus tuitioe prætoris constare. Hæc subjicienda est notio verbis Ulpiani: « Traditione et patientiâ domini sæpè constitui servitutes. » Quotiescumque in Digestis, dummodò nulla fuerit mutatio, traditione, seu deductione in traditione, constitutus apparet usufructus, similiter hæc verba explicanda sunt. In omni solo, seu italico, seu provinciali, usufructus, traditione et prætoris tuitioe, cum actione in rem prætorianâ constare potest. Hæc possessionis sera prolatio, nobis, quâ causâ actiones confessoriae et negatoriae usufructuario et domino competeabant, cum nulla similis ob dominium concessa fuisset, forsitan explicat.

Jus justinianeum. — In jure justiniano per modos constituendi usufructus, cessio in jure et mancipatio amplius non apparent; sed seu constituatur, seu deducatur, semper numeratur traditio; nullumque inter italica et provincialia sola discrimen reperitur.

Adjudicatio in quocumque judicio, et legata, quæcumque sint, valent; idem de lege dicendum. Pactis et stipulationibus, sinè traditione et quasi-possessione deficiente, an constituatur usufructus, dubium est. Justinianum juris civilis prima elementa tam penitus mutasse, vix credam. (D. 44. 7. 3—7. 1. 27. § 4. — 8. 1. 11... etc.).

Vulgo receptum est, Justinianum (Co. tit. vii, t. 33, cons. 12, in fine) usucapionem usufructus per possessionem longi temporis, si immobilis res sit, et triennem si mobilis, introduxisse, sed cum exiguum usufructus spatium perpendimus, cum verba imperatoris, quæ quoque ad usufructus interitum, forte facilius, pertinere possint, ponderavimus; cum alias cum aliis in usufructu constitutiones; contulimus cumque Justiniani, mutationes turgidè annuntiantis mores animadvertimus, hanc sententiam habuimus incertissimam.

Denique sciendum est; si quis fundum legaverit, jus utendi fruendi quoque legari; etsi simul alii usufructum legaverit, tunc inter duos usufructuarios dividendum esse.

In legatis usufructu deducto, gratia hæredis tamquam heredis, illius que solius deductus presumitur; nisi alterius gratia testator deduxisset etsi sub conditione. Sed proximo herede mortuo, testatoris animus exquirendus est.

Nunc de naturâ usufructus, illiusque commodis et incommodis. Usufructuarius, jus utendi habet, quod nihil aliud est, nisi ex re, omnem utilitatem quam prabet, jus exhauriendi, fructus aut fætus percipiendi. Unde deducitur, jus domum habitandi, in rustico fundo manendi, jus ad opera boves, equos mittendi, naves ad navigandum adhibendi. Sed jus fruendi, habet adhuc usufructuarius; id est jus, omnes fructus nascituros percipiendi. Quæ vero res in fructibus continentur? Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipitur fructus est. (D. 7. 1. 9.) Lapidinarum cretifodinarum, arenifodinarum, metallorum, aucupiorum, venationum, piscationum redditus, ad usufructuarium spectant. Novasque lapidicinas vel fodinas excavare potest, dummodo dominii amænitas et comoda non minuantur, vel ad ædes reficiendas necessariæ sint. Silvarum cæducearum, salticorum, si quidem in usufructu accessoriè sint, eodem modo quo utebatur dominus, uti potest usufructuarius; attamen illi vendere non licebit. Si vero silvarum cæducearum, salticorum aliarumque ejusdem conditionis rerum, usufructus separatim legatus sit, tunc vendere et cædere sicut bonus pater familiâs, etiam si cædere et vendere non soluisset dominus. — Semper enim usufructuarius ad modum boni patris familiâs referendus est, etiamsi dominus aliter fecisset (D. 7. 1. 9. §. 6.). Seminariorum redditus, dummodo seminaria renoventur, ad fructuarium pertinent. Sub eâdem conditione, frugiferas arbores, quas nisi demortuas cædere nequit, acquirit. Pecorum fætus, ut fructus habentur, deductâ parte capitibus mortuis subrogandâ.

In fructibus non numerantur, omnia quæ res naturâ suâ non producit; ut puta thesaurus (dig. 24, 3, 7, § 12), insula

juxta fundum nata (dig. 7, 19 § 4). Attamen fundi alluvio, usufructuario prodest (idem). Similiter non fructus astimantur hæc omnia quæ, potius rei partes sunt quam redditus, ut puta grandes arbores non cædendæ. Arbores demortuæ aut vi ventorum dejectæ, nisi ad usum suum aut villæ necessariae sint, ad usufructuarium non pertinent.

Omnes fructus non percepti, cum incipit jus utendi fruendi, ab usufructuario acquiruntur. Sed cum extinguitur, non ad hæredes usufructuarii, sed ad dominum transeunt. Maturati tantummodo percipiendi sunt; attamen si citius ut servantur celligendi sunt, veluti olea immatura, fœnus immaturum, id usufructuario permitti certum est. Nam usufructuarium, tanquam bonum patrem familias agendum esse, principium in hac materia universum constat. (D. 7, 1, 48 § 2).

Sola perceptione, fructuarii, sui fiant fructus: undè sequitur, in fructibus ab alio perceptis, veluti si fur illos decerpserit, usufructuario nullum jus competere. Quo casu usufructuarius furem, actione furti, cui damnum patitur datâ, persequi poterit, sed domino soli condictio furtiva competet. (D. 7, 1, § 12).

Personnæ jus utendi-fruendi adstrictum non est. Quapropter rem utendam fruendam locare, vendere, cencedere alicui potest usufructuarius (D. 7, 1, 12 § 2). His omnibus modis, jure suo utitur. Tunc redditus, fructus civiles vocantur. Ad usufructuarium heredesve suos pertinebunt, dummodo a colono percipiantur usufructu non finito. Si vero res traditæ frugiferæ non sint, pars illis debetur tempori usufructus consentanea. De die in diem pensiones enim acquiruntur.

Quidquid ex operis servi obvenit, ad usufructuarium spectat. ~~Si quid stipulaverit servus, nisi ex re fructuarii solverit, domino acquisitum presumitur.~~ Si quid servo donatum legatumve fuisset donantis legantisve animus exquirendus esset, ad dominumque pertineret, nisi usufructuarii gratiâ, donatum legatumve appareret. (Inst. 2, 9 § 4. — D. 7, 1, 21).

Servitutes, quibus fundo colendo opus est, usufructuario

præstandæ sunt. — Conductor ab usufructuario veluti ab emptore expelli potest.

Rei destinationem servare debet usufructuarius, quâ servatâ, rem meliorem efficere illi licet, aliterque quam dominus frui potest. In que rebus frugiferis, in quibus maxime utilitas spectatur, quam in his voluptati interventibus, in quibus maxime domini persona, magis illi licet.

Omnem diligentiam ad rem custodiendam, præstare debet usufructuarius; nam domini causa obligatur, si usurpationes præscriptiones ve futuras non denuntiaverit.

Sarta tecta cæterasque ædes modicis refectionibus servare debet usufructuarius. Sed si quæ vetustate corruissent reficere neuter nec dominus nec usufructuarius cogetur. Si vero reficit dominus libenter, aut ex testatoris voluntate, fructuarium uti passurus est. — In solo ædificare nequit usufructuarius, nisi ad condendum frumentum, necessarium s't.

Modicas refectiones ut puta, stipendia, tributa, solaria ferre debet usufructuarius; recteque colere, uti bonus pater familias, etiam cum suis impensis (D. 7, 1, § 2).

In fundo ab usufructuario servitutes constitui non posse manifestum est. Neque vero à domino, etiam consentiente usufructuario, nisi de his servitutibus agatur, quæ nullum utendi fruendi juri impedimentum afferunt, veluti altius non tollendi, rite constituuntur (D. 7, 1, 16).

Nunc de satisfactionibus breviter loquar. Jure prætorio antequam rem utendam fruendam possideat, satisfacere cogitur usufructuarius, utrum se boni viri arbitratu, et cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit. Prima satisfactionis pars statim quum fuerit usus, committetur, secunda vero, tantummodo finito jure. Hac satisfactione de quoquo suo suorumque facto deterius evenerit, obligatur. stipulatio que pænæ ut adjiciatur suadent jurispeniti, si tanquam bonus pater familias non fruatur. In omni usufructu quoquo modo constituto, seu jure civili seu jure prætorio, etiam per donationem mortis causa, aut per fideicommissum

relicto, hæc satisfactio præstanda est. Qui rei integrum usufructum nudæque proprietatis partem habet pro rata altera parte satisfacere debet.

In jure, si nulla sit contestatio, in judicio si actio confessoria adhibenda sit, satisfaciendus est usufructuarius.

Nudo domino, unicuique, si forte plurimi sint, satisfactioem præstare oportet usufructuarius. Si rem alienarit nudus dominus satisfactioem utilitatem emptor percipiet? Percipiet, si renovata fuerit satisfactio, si non, illi sola rei vindictio competet. Si antequam satis dederit, re utatur fruatur fructuarius, rem suam recuperare potest dominus, si vero rei traditæ exceptio opponatur, non satisfacisse usufructuarium, respondere poterit. Si male utatur fruatur fructuarius, non solum quid deterius evenierit perpendet arbiter, sed etiam in modo futuro utendi fruendi statuet. Cum autem jus extinguetur, ad rem restituendam domino usufructuarius damnabitur. Præterea, domino in usufructuarium plurimæ competunt actiones. Ex lege Aquilia agere potest, solummodo data propter corporale damnum. Interdictum quod vi aut clam et in quibusdam casibus actio furti etiam illi competet: — (D. 7. 1. 66.).

De quasi-usufructu pauca dicam. Omnes res quæ usu consumantur, sic legari queunt, quæ facultas etiam ad nominum usufructum pertinere visa est. Rerum alienarum usufructus, eo modo legari potest, sed non usufructus servitutum, quia in bonis non sunt; Attamen Paulus scripsit actionem incertam in dominum tribui, ad illum cogendum servitutem per usufructus spatium, pati. Dubitatur an vestium legatum verus usufructus vel quasi usufructus sit. Id in testatoris arbitrio nobis pendere videtur; si tamen in eis verus constat usufructus, locari non possunt, nisi scenicæ vestes funebres ve sint. — In quasi-usufructu, res in fructuarii dominium transeunt, finitoque jure tanta pecunia restituenda est, quanti fuerit æstimati; nisi, quod sæpe commodius est, res ejusdem generis qualitatis et quantitatis restituere præoptet usufructuarius. (D. 7. 5. 7.).

De his obligationibus præstandis satisfacere debet quasi-usu-

fructuarius; neque unquam licet a satisfactione immunem facere. Ad mortem, vel caputis minutionem, vel diem, vel conditionem, cum his tantummodo modis extinguitur quasi-usufructus, spectat satisfactio. Nudo domino, etiam usufructus colegatario, prastanda est, et seu ante rei traditionem, seu postea exigi potest. Qua de causa, actio incerta tribuitur. Denique animadvertere debemus quasi usufructum legatis constitutum semper reperiri, unde an alii modi adhibiti, dubitatio fieri posset.

Cum legatur usufructus, etsi rebus utendo fruendo consistat, semel tamen dies cedit. Cedit vero tantum, cum dies venit, cum re uti frui licet; neque cedit nisi adeatur hæreditas. Antea nulla esset de usufructu actio. Servo usufructuario legatus servi domino, aditæ heræditatis tempore usufructus adveniet. — Receptum est usufructum legari posse in annos, menses, dies, etiam in alternos annos; usufructusque separatos ita legari. Unde sequitur, aliquos amitti posse capitis minutione, non alios, cum illorum dies adhuc non cederit aut venerit. Usufructus per decem annos legatus vel per vitam, singulis annis, vel singulis vitæ momentis incipere intelligendus est. (D. 7. 4. 1. § et seq.).

Ne in æternum inutiles essent proprietates, placuit usufructum multis modis quos enarrandi sumus, extinguere,

Cum autem sit usufructus, servitus personæ inhærens, sequitur, naturali morte usufructuarii extinguere, vel centum annis elapsis, si civitatis gratia constitutus.

Olim quoque, quacumque capitis minutione extinguebatur; sed novo jure, usufructuarii minima capitis minutio jus non extollit. Quondam, quoniam servo aut filio familiæ inhæreret legatus usufructus, in dominoque sola testamenti factio spectaretur; si servo aut filio familias per vindicationem legatus fuisset usufructus, servi alienatio vel manumissio, aut filii emancipatio, ut modus usufructum extinguendi habebatur; quod non ita fieret in aliis legatis, neque si stipulationibus servi acquisitus fuisset usufructus. (Frag. vat. § 75). Sed si pro parte aliena-

tus fuisset servus, multum variabant jurisperiti. Quidam pro rata parte usufructum retineri putabant, quidam omnino amitti, alii denique omnino servari. Has omnes variationes sustulit Justinianus; primaque constitutione (C. de usuf. L. 15), morte aut capitis tantummodò minutionibus patris familias, usufructum extinguere, secundâque transitorium in filii caput si ab eo acquisitum fuisset, statuit.

Rei interitu perit quoque usufructus: sublato corpore, jus tolli necesse est. Cum gregis legatus sit usufructus atque ad unam ovem pervenerit, extinguetur; nam uniùs ovis grex non intelligitur. De casibus similibus ita statuendum est.

Rei mutatione perit usufructus. Si area legata fuit et in eâ ædificaverit domum hæres. Ex testamento, vel de dolo tenebitur; sed usufructus non erit ampliùs. Si ædes in quibus jus utendi, fruendi, corruerint vel exustæ sint, jus amittitur; nec aræ nec cementorum usufructus constat. Usufructu fundi legato, si villa diruta sit, tamen placuit usufructum non extinguere, nam fundi accessio villa habetur. An rei sit usufructus, an universorum bonorum, nam tunc quæcumque maneant, durat, spectandum est. Stagno siccato, sylvâ aratâ, perit usufructus; sed, vineâ aratâ, constat. Nave dissolutâ, licet aliquid cum tabulis restauratum sit, amittitur usufructus. Quotiescumque rei mutatione usufructus extinguitur, primâ formâ resumptâ, dummodo eadem sit materia, nondumque peracto amittendi non usu usufructum tempore, renascitur.

Resoluto jure dantis, resolvitur jus utendi, fruendi. Resolviturque die vel conditione eventis, cum ad diem vel ad conditionem constitutum fuisset.

Res sua nemini servit, itaque extinguitur usufructus, si quocumque modo cedatur domino; extraneo verò, nihil agitur. Cum vigeret in jure cessio, inter jurisperitos, an extraneo jus cedendo, jus suum amitteret vel retineret usufructuarius, disputabatur. Prima sententia (D. 23, 3. 66), cum cessio in jure illiusque modi necessarii; secunda (Gaius, Com. 2, § 30), cum æquitas cedentisque voluntas spectaretur, accipienda

erat. Novo jure, posteriorem veram putamus. Similiter finitur usufructus. cum nudam proprietatem acquirit usufructuarius; quæ res consolidatio appellatur.

Denique extinguitur usufructus non utendo per modum et tempus; seu jure civili, seu jure prætorio, constitutus sit. Ex jure antiquo, non utendo per annum, si mobiles res essent, per biennium, si immobiles; ex jure justiniano, non utendo per decem annos inter præsentem, per viginti inter absentes, ex longi temporis præscriptionis regulis, tribusque annis elapsis si mobiles, amissus fuit. Sed constitutione (Cod., lib. 3., tit. 33, cons. 16), temporis spatium solum mutatur? verum etiam ad extinguendum usufructum modi necessarii? nos autem illam fortè nimis brevem sed explicitam habemus; jus non amittitur, nisi quasi liberam rem possiderit dominus. Quidam dissentiunt.

Attamen notandum est usufructuarium frui posse per se, vel per quosdam alios qui suo nomine fruuntur.

Pro parte extinguí potest usufructus, nisi morte aut capitis minutione.

Finito jure, ad nudam proprietatem revertit usufructus; sæpius verò, si plures sint colegatarii, ad alios colegatarios transit, idque, jure accrescendi, de quo brevissimè tractabimus. Quotiescumque conjunctim constituitur usufructus, aut unius jus alterius jure minuitur; tunc stat jus accrescendi, interque cæteros colegatarios, prorata parte, usufructus amissus dividitur; separatim vero constituto, in rebusque diversis, jus accrescendi cessat. Cum in alternos annos legatur usufructus, usufructum colegatarii, jure accrescendi, nequit repetere colegatarius, nam divisi intelliguntur; idemque cum, diversis testamentis, pluribus usufructus legatur. Colegatarii concursu tantummodò pars sublata recuperatur; nemo autem partem suam amissam, quæ ad nudam proprietatem revertit, recuperat; hocque fit, si, in legatis, usufructus partitò repetitio sit (D. 7, 4, 3, § 2 et 3); interdum si quis, lite contestatâ, utputa a Judicis injuriâ partem suam amiserit, attamen altera pars ei accrescet (D. 7, 2, 10). Si quis usufructum ita legaverit ut ali-

quem secum fruente[m] habeat usufructuarius, colegatarii habentur, aded ut eorum partes accrescere possint. Etiam si quidam usufructuarius nudam proprietatem habeant, seu testamento, seu consolidatione, tamen jus accrescendi non cessat.

Servis usufructu legato, eorum dominis jus accrescendi inhæret. Attamen sæpe ad quosdam usufructuarios, non ad alteros, jure accrescendi partes amissæ pertinent; hocque fit, si socii sint, ut puta si rei usufructus Titio et Mævio, et postea Seio legatus sit. Titii amissâ parte, tantummodò à Mævio recipietur.

Denique quod inter proprietatem et usufructum, præcipuum discrimen facit, etiam si dies cederit et venerit, etiam si jure suo usi sint usufructuarii, tamen jus accrescendi non cessare placuit.



Droit Administratif.

De la Grande Voirie.

Les besoins de l'agriculture et du commerce, le progrès des arts et des sciences, la sûreté publique nécessitent des voies de communication faciles et rapides. Ces voies de communication doivent être placées sous la surveillance et l'autorité de celui qui a mission de veiller à l'intérêt de tous, du gouvernement. Les règles concernant leur établissement, leur conservation, leur police, constituent ce qu'en droit administratif on appelle *voirie*. La voirie est une matière si importante, que nous trouvons dans tous les temps, des autorités préposées à cet effet. A Rome, il y avait les *curatores viarum*. En France, le droit de voirie appartenait autrefois au suzerain, sur les grandes routes du royaume, aux seigneurs, sur leurs terres. Le droit de voirie, fut même inféodé et transmis à charge de foi et hommage.

Par les ordonnances de 1489, 1508, 1551, les trésoriers de France furent chargés de visiter les chemins publics, et de veiller à leur conservation. En 1559, l'office de grand-voyer de France fut créé, et l'édit de 1607, détermina ses attributions. Mais cette magistrature fut supprimée en 1626, à la suite de discussions élevées entre les voyers de France et les trésoriers. Par sa loi du 26 juillet 1790, l'assemblée Constituante, abolit spécialement les droits des seigneurs, en matière de voirie.

Avant la Révolution de 89, plusieurs réglemens avaient été édictés sur la voirie. La loi du 16-22 juillet 1791. L'art. 484, Cod. pén., et la loi du 23 mars 1842, les ont maintenus, en tant qu'ils n'étaient pas modifiés par les nouvelles lois. Nous

les rappellerons dans l'exposé que nous allons faire, au fur et à mesure que nous examinerons la matière qu'ils réglementaient.

On distingue la voirie, en grande voirie et en petite voirie. On les distinguait, autrefois, d'après la nature des contestations. Aujourd'hui, c'est la nature de la voie de communication qui sert de base à la distinction.

La grande voirie, comprend les routes royales, départementales et stratégiques, les chemins de fer, les cours d'eau navigables et flottables. Elle comprend de plus, tous les prolongements des routes dans les villes. (L. 14 octobre 1790.) De plus, à Paris, toutes les rues sont réglées par les règles de la grande voirie. (Lettres patentes de 1783. Cons. d'état, 13 avril 1823.)

C'est de la grande voirie seule, que nous avons à nous occuper. Nous laisserons, même de côté, tout ce qui concerne les cours d'eau. L'importante matière des eaux forme toujours une classe spéciale.

Nous diviserons notre exposé en deux paragraphes. Dans le premier, nous ferons connaître l'ensemble des règles relatives à la grande voirie. Dans le second, nous examinerons les principales difficultés auxquelles cette matière donne lieu.

§. 1^{er}. *Exposé de la Législation.*

1^o *Classification, création, propriété des routes.* — Classées autrefois par l'arrêt du Conseil, du 6 février 1776, les routes le sont aujourd'hui, par le décret du 16 décembre 1811. Elles ont été divisées en deux classes, les routes royales et les routes départementales.

Les routes royales ont été subdivisées en trois classes. Les routes des deux premières classes, conduisent de la capitale aux frontières, ou aux villes maritimes, et c'est l'importance des aboutissants qui détermine si elles sont de la première ou de la seconde classe.

Les routes de troisième classe, sont celles qui établissent les communications intérieures. — Quant aux routes départementales, elles ne forment qu'une classe.

Les routes royales sont à la charge de l'Etat. Avant les lois des 25 mars 1817, 15 mai 1818, les départements traversés par les routes royales de troisième classe, étaient tenus de contribuer à la dépense de création. Cette dépense est maintenant supportée entièrement par l'Etat.

Les routes départementales sont à la charge du département; cependant l'Etat, par une loi, peut venir au secours des départements trop pauvres.

Une loi est nécessaire pour créer une route royale; mais une ordonnance royale suffit, s'il s'agit d'un embranchement moindre que vingt mille mètres.

La loi n'est alors nécessaire que pour le vote de fonds (décret de 1811.. Loi 3 mai 1841.) — Pour la création des routes départementales, il faut une ordonnance royale, rendue sur le rapport du ministre. Cette ordonnance doit être précédée d'une délibération des conseils-généraux, qui, à son tour, ne peut avoir lieu qu'après l'enquête prescrite, par la loi du 3 mai 1841. Les préfets doivent donner leur avis sur la délibération, et les ingénieurs en chef, présenter leurs observations. (Décret, 16 déc. 1811. Loi 20 mars 1835, — 3 mai 1841.)

Lorsqu'une route départementale classée, et en voie d'exécution, traverse un département qui ne veut pas voter des fonds pour sa construction. Ce dernier peut y être forcé par une loi, précédée d'une enquête. La loi détermine la part pour laquelle ce département contribuera à la route. (Loi 25 juin 1841. Ordon. 7 nov. 1842.)

En vertu d'une loi, les routes départementales peuvent devenir routes royales. (Loi 21 avril 1832.)

Pour rendre les départements de l'Ouest, accessibles aux troupes, on a créé dans ces départements, des routes appelées routes stratégiques; elles sont régies par la loi du 27 juin 1833.

Enfin, la science et l'industrie moderne, ont créé les chemins de fer, qui vont sillonner en tout sens la France, et établir la communication des différents pays, avec une rapidité inconnue jusqu'ici. Il faut pour les établir une loi ou une ordonnance, s'ils forment un embranchement ayant moins de vingt mille mètres. (L. 3 mai 1841.)

Les chemins de fer sont à la charge de l'Etat, des départements et des compagnies auxquelles ils sont concédés, par des baux passés par le ministre et autorisés par des lois. S'ils sont de peu d'étendue, ils peuvent même être pour le tout, à la charge des compagnies. La part contributive de l'Etat, des départements, des communes et des compagnies, est réglée par la loi du 11 juin 1842, qui règle aussi la nature de la dépense de chacun. Les droits et les obligations des compagnies sont réglés aussi par cette loi ou par le bail.

La dépense du département est répartie entre lui et les communes intéressées, par une délibération du conseil-général, approuvée par une loi (Loi 11 juin 1842.)

La longueur des routes n'est déterminée par aucune loi nouvelle. Nous sommes encore sous l'empire de l'arrêt du conseil du 16 février. 1776. Cet arrêt n'a du reste rien de rigoureux; le roi peut changer la largeur des routes, d'après la nature et le besoin des lieux.

L'Etat est propriétaire des routes royales; mais comme elles sont destinées à l'usage public, chacun peut se servir de la route, suivant ses besoins, en se conformant aux règlements de police. Les propriétaires riverains ont sur la route des véritables droits de servitude : ce sont les droits de passage de vue d'égoût, d'écoulement des eaux. Pour les limites de la route, voy. (Cons. d'état, 26 octobre 1836, 22 août 1838.)

Les routes, tant qu'elles conservent leur destination, sont imprescriptibles, si minimes que soit l'empiétement, et quelle que soit sa durée.

Mais leur sol devient prescriptible, dès que la destination est changée. L'établissement des fossés sur les bords des rou-

tes, est ordonné par les arrêts du conseil des 26 mai 1705, 3 mai 1720, 16 fév. 1776, 17 juil. 1781. Ce dernier, fixe leur dimension. Aux termes de la loi du 9 ventôse an xiii, ils doivent être établis sur le terrain appartenant à l'Etat. Le décret du 16 déc. 1811, mettait leur entretien à la charge des propriétaires riverains; depuis, ils ont été mis à la charge de l'Etat, par la loi du 12 mai 1825.

Les routes ne peuvent être déclassées en tout ou en partie, que par une ordonnance royale; mais la route déclassée, peut être classée comme route départementale, ou comme chemin vicinal, d'après l'assentiment des conseils-généraux et des conseils municipaux des communes intéressées.

Les droits de servitude des propriétaires, disparaissent avec le déclassement de la route. Néanmoins, la loi du 24 1842, leur accorde un droit de préemption pendant trois mois, depuis l'avis qui leur est donné, conformément aux règles prescrites par l'art. 6 de la loi du 3 mai 1841. Le préfet peut aussi s'il le juge convenable, réserver un chemin d'exploitation, dont la largeur ne peut excéder cinq mètres. (Loi 24 mai 1842.) S'il n'y a pas d'arrêté du préfet, et si les propriétaires n'usent pas de leurs droits. Le sol des routes peut être aliéné ou échangé, sans que l'on puisse réclamer aucune indemnité (même loi.)

2^o *Charges imposées aux propriétés voisines.*— Des études faites par les agents des ponts-et-chaussées, doivent précéder le projet de la route. Les agents peuvent pénétrer sur les propriétés, en vertu d'un arrêté du préfet, notifié aux propriétaires. Si ces derniers y mettent obstacle, ils deviennent passibles de l'art. 438 Cod. pén. (C. de cass., 3 mai 1834.)

En vertu de l'arrêt du conseil du 7 sept. 1755, les entrepreneurs de la route, peuvent extraire les matériaux dont ils ont besoin, dans les lieux indiqués par les devis ou par arrêté postérieur du préfet; cependant, les propriétés closes sont exemptes de cette servitude. Les propriétés qu'on doit considérer comme closes, sont indiquées par l'ordonnance du bureau des finances, du 17 juillet 1781, par l'arrêt du conseil du 20 mars 1780, interprétant l'arrête 1755. (Cons. d'ét., 1^{er} juil. 1840.)

Lors même que le lieu de l'extraction est indiqué par l'arrêté du préfet, le propriétaire peut le soustraire à la charge dont dont il va être grévé, en le clôturant. (Conseil d'état, 5 novembre 1828.)

L'extraction des matériaux ne peut avoir lieu, que moyennant une indemnité accordée au propriétaire. (Loi 28 septembre 1791.) Souvent il sera impossible de payer par avance, parce qu'on ne sait pas quelle sera la quantité des matériaux dont on aura besoin. Alors l'indemnité ne sera payée qu'au fur et à mesure de l'extraction. Elle est différente suivant qu'on extrait les matériaux d'une carrière déjà exploitée, ou qu'on ouvre une nouvelle carrière. L'entrepreneur et le propriétaire peuvent convenir à l'amiable de l'indemnité; s'ils ne sont pas d'accord, elle sera réglée par le conseil de préfecture, suivant les formes indiquées par le décret du 16 sept. 1807. L'état, s'il le juge convenable, peut même poursuivre l'expropriation du terrain. (Même décret.)

La construction de la route peut nécessiter l'occupation temporaire de certaines propriétés voisines. Dans ce cas, une indemnité est aussi due au propriétaire. S'il y a contestation, le conseil de préfecture statuera. (*Idem.*)

Si une grande route devient impraticable, le préfet peut, par un arrêté, ordonner le passage sur les fonds voisins. (Discussion de la loi du 7 juillet 1833.) Il a en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Les voyageurs n'ont pas même besoin d'un arrêté du préfet pour passer sur les fonds voisins, quand la route est impraticable. (Arg. loi du 28 septemb. 1791, tit. 2, art. 41.)

Pour que les propriétaires des fonds, bordant les routes, puissent réclamer une indemnité, il faut que la route leur occasionne un préjudice direct et matériel. (Con. d'état, 16 mai 1836, 11 juin 1833.)

Si les propriétaires ont à se plaindre des torts occasionnés par les entrepreneurs, dans les limites de leur autorisation, le conseil de préfecture prononcera, car c'est à lui qu'a été

dévolu par la loi du 28 pluviôse an viii, tout le contentieux en matière de grande voirie et de travaux publics. Si c'est en dehors de leurs droits que les entrepreneurs ont agi, les tribunaux ordinaires deviendront compétents. Mais si les entrepreneurs prétendent avoir agi dans les limites fixées par leurs titres ou par l'arrêté du préfet, alors il s'agira d'apprécier un acte administratif, appréciation qui ne pourra être faite que par le conseil de préfecture, et ce dernier, devra renvoyer devant les tribunaux pour l'appréciation dudit dommage, s'il reconnaît que les entrepreneurs ont agi, en dehors de l'autorisation donnée.

Les propriétaires des fonds bordant les grandes routes, sont obligés à planter. Les droits et les obligations des propriétaires sont réglés par le décret du 16 décembre 1811.

Si l'état veut planter sur la route, il doit observer les distances prescrites par le code civil. — Nul ne peut planter des haies sur les bords des routes, s'il n'y est autorisé par l'administration,

Lorsqu'une grande route traverse des bois, l'administration peut ordonner l'essartement à une distance égale ou moindre que 60 pieds. Cet essartement était à la charge du propriétaire, d'après l'ordonnance de 1669. L'arrêt du 3 mai 1720, les mit à la charge de l'état; et une loi du 2 brum. an viii, prescrivit de plus, le paiement d'une indemnité.

En vertu d'un arrêt du conseil du 5 avril 1771 encore en vigueur (C. d'état 27 oct. 1837), l'on ne peut ouvrir des carrières à moins de 58 mètres de la route ou des arbres plantés sur les bords.

Enfin, les plus grandes servitudes imposées aux propriétaires riverains des grandes routes, ce sont celles, qui sont relatives aux constructions qui les bordent. Nul ne peut construire sur les bords des routes ou sur les bords des rues, qui en forment les prolongements dans les villes, élever des balcons ou saillies sur les rues, sans avoir obtenu l'alignement. L'alignement est toujours donné sans frais par le préfet. Ceux qui contrevien-

nent à cette obligation, sont passibles des peines prévues par l'arrêt du conseil du 27 février 1765, modifié par la jurisprudence du conseil d'état et la loi du 23 mars 1842.

En général, il existe pour toutes les routes un plan général d'alignement fixé par ordonnance royale précédée d'une enquête, dans laquelle les parties intéressées, ont pu faire leurs observations. Le plan général d'alignement, dispense de suivre, pour la démolition des maisons et l'acquisition des terrains bordant les routes, les formalités prescrites par la loi du 3 mai 1841, l'expropriation doit seulement être requise par un arrêté du préfet.

Les façades des édifices compris dans l'alignement ne peuvent pas être réparées, sans autorisation du préfet et sous les réserves portées par l'arrêt du conseil de 1765. L'on ne permet jamais des travaux confortatifs. Aussi, l'on attend pour exproprier que les édifices aient été démolis pour cause de vétusté. Alors on n'a besoin de payer pour indemnité, que la valeur du sol devenu vacant (L. 16 sep. 1807), indemnité réglée, en cas de contestation, par le jury, d'après la loi du 3 mai 1841. Si les maisons sont en retrait et si l'on veut acheter le terrain qui les sépare de la route, la valeur devra en être fixée de la même manière.

L'administration doit faire connaître officiellement les plans d'alignement, sans cela, l'on ne peut condamner les contrevenants, (avis du C. d'état, 25 prai. an xiii, et C. d'état 10 fév. 1842).

Le préfet, par un arrêté, peut forcer à réparer ou à démolir les édifices construits sur les bords des routes dans le cas où ils menacent ruine. (Déc. des 18 juil. 1729, 18 août 1730, des 16 août 1790, 19 juillet 1791). La marche à suivre dans le cas où il s'agit de réparations, est indiquée par les déclarations précitées, encore en vigueur, (Cons. d'état 24 mars et 2 juillet 1820). Mais si le péril est imminent, le préfet par un arrêté, peut ordonner la démolition de l'édifice dans un certain délai. Ce délai passé, la démolition est faite par l'administration, aux frais du propriétaire, qui de plus, est cité

devant le conseil de préfecture. Alors le propriétaire peut soutenir que la démolition ne devait pas avoir lieu, et si ses prétentions sont fondées, il obtiendra une indemnité fixée conformément à la loi du 3 mai 1841.

La police des routes est réglée en grande partie par les anciens arrêts, édits et ordonnances. (V. édit. de déc. 1607, ordon. d'août 1669, idem 4 août 1731, arrêt du conseil, juin 1721, ordon. 2 août 1774, bureau des finances, 17 juillet 1781). La loi du 16 août 1790, confie à l'administration le soin de prendre toutes les mesures relatives à la commodité, à la tranquillité, à la propreté de la voie publique. La loi du 29 floréal an x, statue aussi en cette matière. Pour éviter la détérioration des routes, le gouvernement a été autorisé par la loi du 7 ventôse, à réglementer le poids des voitures et celui de leurs chargements, à fixer la dimension des essieux et des roues. (Voir en cette matière : décret du 23 juin 1806, les ordonnances des 24 déc. 1814, 4 fév. 1820, 20 juin 1821, 5 mai 1823, 7 sept. 1827, 29 oct. 1828, 16 juil. 1828, 25 avril 1833, 28 juin 1829, 15 fév. 1837, 24 oct. et 21 déc. 1838, 3 fév. 1838, 3 fév. 1840). Des exceptions sont faites par la loi de ventôse précitée, par le décret de 1806, et par l'instruction du 20 septembre 1838. Par le décret de 1806, les voitures de roulage sont de plus assujéties à porter une plaque contenant le nom et le domicile du propriétaire.—Enfin, des règles exceptionnelles régissent le roulage au cas de dégel des routes. Elles sont consignées dans la loi du 29 floréal an x, et dans l'ordon. du 23 déc. 1816.

3^o *Poursuite et jugement des contraventions* — C'est par la voie administrative, que les contraventions en matière de grande voirie, sont poursuivies et réprimées. Les personnes qui peuvent les constater, sont indiquées par la loi du 29 floréal an x, le décret du 28 août 1810, et la loi du 23 mars 1842. Ce sont les maires, les adjoints, les commissaires de police, les ingénieurs, les piqueurs des ponts-et-chaussées, les préposés aux contributions indirectes, auxquels il faut joindre les préposés aux ponts à bascule.

Les procès-verbaux de contravention doivent être affirmés. Les décrets du 18 août 1810, art. 12, du 16 déc. 1812, art. 112, les arrêts du conseil-d'état du 31 janv. et 1^{er} nov. 1838, 10 mai 1839, 16 juil. 1840, 25 fév. et 23 juil. 1841, 14 fév. et 30 juin 1842, font connaître devant qui ils doivent l'être, et dans quel délai. — Ces procès-verbaux ne font foi que jusqu'à preuve contraire; ils sont nuls s'ils n'ont pas été affirmés dans les délais; mais il ne sont pas soumis à l'enregistrement, ils n'ont pas non plus besoin d'être notifiés aux contrevenants. (V. les mêmes décrets, la loi de floréal an x, le décret de 1806, les arrêts du conseil-d'état des 29 août 1821, 30 déc. 1822, 8 juin 1832, 21 mars 1834, 28 mai 1835, 22 fév. 1838, 23 juil. 1840, 14 juin 1841).

Les voies de communication doivent toujours être libres et faciles. Aussi les préfets par des arrêtés, et les sous-préfets dans certains cas (loi du 29 floréal an x, et décret du 16 déc. 1806 combinés), peuvent réprimer provisoirement les contraventions. Mais les choses restent entières, quant au droit, et les conseils de préfecture apprécient de nouveau.

Aux termes de l'art. 39 du décret du 23 juin 1806, les préposés peuvent retenir la voiture des rouliers, jusqu'au paiement, ou la consignation d'une amende, qui assure une répression efficace. En cas de contestation, entre les préposés et les rouliers, les maires doivent juger sommairement et leur jugement sont exécutoires par provision, sauf recours devant le conseil de préfecture.

Les lois du 28 pluviôse an viii, art. 4, du 29 floréal an x, art. 1 et 2; le décret du 16 décembre 1811, art. 114, ont attribué aux conseils de préfecture, la compétence en matière de contraventions de grande voirie. Mais les conseils de préfecture ne peuvent juger uniquement que les cotraventions de la grande voirie. Ils sont incompétents pour juger les questions de propriété, de servitude, les voies de fait, les vols, les contraventions aux règles de police relatives à la sûreté des voyageurs ou des passants. (Décret de 1811, art. 475. C. pen. 137-138. In. cri. Conseil-d'état, 23 décembre 1835, 17 janvier

1838, 22 février 1838, 13 février 1840). Les conseils de préfecture prononcent des amendes et condamnent à la réparation du dommage causé. La plupart des amendes, sont déterminées par les anciens réglemens. La loi du 23 mars 1842, a autorisé le conseil de préfecture à les diminuer jusqu'au vingtième de leur valeur, sans toutefois qu'elles puissent être moindres que 16 fr. Les amendes laissées autrefois à la discrétion du juge, ne peuvent dépasser 300 fr. et être inférieures à 16. Les amendes sont partagées entre l'agent qui a constaté le délit, la commune du lieu du délit et le trésor, chacun en reçoit un tiers. Les conseils de préfecture ne peuvent jamais prononcer des peines corporelles; ils doivent pour cela renvoyer devant les tribunaux compétents.

§. II. — *Examen des principales difficultés relatives à la grande voirie.*

1^o *Questions de propriété.* — A qui appartient le sol des routes départementales? La difficulté s'évanouit par une distinction : les routes ont-elles été construites ou acquises avec les fonds départementaux; elles appartiennent au département.

Ont elles été concédées ou déclarées départementales par le décret de 16 décembre 1811, elles sont restées la propriété de l'état, sauf l'application de la décision du ministre des finances, du 12 septembre 1842.

A qui appartiennent les fossés creusés sur les bords des routes? Ils appartiennent, en général, pour le tout, au propriétaire de la route. Les art. 666, 667, 668, C. Civ. sont inapplicables ici; seulement, les propriétaires riverains ayant été obligés de creuser les fossés hors des largeurs fixées de la route, par l'ordonnance du 17 juillet 1781, pourront être admis à prouver que les fossés sont leur propriété. — Décision analogue pour les ponts, ponceaux, aqueducs, murs de soutènement, qui se trouvent incorporés à la route. — Mais lors même que ces objets seraient reconnus être des propriétés privées; les propriétaires ne pourraient en disposer, sans le con-

sement de l'administration, qui pourrait les conserver moyennant une indemnité.

A qui appartiennent les arbres plantés sur le sol des routes ? Cette question renferme un historique fort compliqué. Les ordonnances de 1522, du 19 février 1552, de 1579, l'édit de 1583, enseignaient aux propriétaires riverains de planter sur le sol des routes. L'arrêt du conseil du 26 mai 1705, le leur défendit à l'avenir. La loi du 28 août 1792, art 18, ne statua rien sur la propriété des arbres, mais défendit de se les approprier, jusqu'à ce qu'une loi nouvelle eût statué. Elle n'accorda aux riverains, que le droit de prendre le mort bois et les fruits. Postérieurement, la loi du 9 ventôse an xiii, donna aux propriétaires le droit de planter sur les routes, en restant propriétaires des arbres ; mais ne statua pas sur la propriété des arbres plantés antérieurement. Le décret de 1811 statua enfin, sur cette matière, et accorda à l'état tous les arbres, excepté ceux qui avaient été plantés conformément à la loi du 9 ventôse an xiii. Mais ce décret a été aboli par la loi du 12 mai 1825, qui attribue aux riverains la propriété des arbres existant, qu'ils justifieraient avoir acquis à titre onéreux ou avoir plantés à leurs frais, conformément aux anciens réglemens. Lorsque les arbres existent encore, un individu, aux termes de la loi de 1825, pourra-t-il en réclamer la propriété, propriété qui lui aurait été refusée sous l'empire du décret de 1811. Nous le pensons. En vain, dirait-on, que la loi ne peut pas avoir d'effet rétroactif. Le décret de 1811 est pour nous un décret de spoliation, et la loi de 1825 une loi de restitution. Mais les propriétaires ne pourront rien réclamer, si les arbres ont été coupés et vendus au profit de l'état, sous l'empire du décret de 1811. Quand les arbres sont reconnus être des propriétés privées, les propriétaires doivent, en ce qui les concerne, se soumettre aux lois et réglemens concernant la grande voirie.

Que décider relativement à la propriété des haies ? Toute disposition légale, spéciale, manque ; nous croyons que l'art. 670, C. Civ., sagement appliqué doit résoudre cette question.

2^o *Questions d'alignement.* — Comment peut-on se pourvoir contre l'alignement donné par le préfet? Il y a plusieurs distinctions à faire :

1^o S'il existe un plan général d'alignement homologué par ordonnance royale, et si l'on ne conteste pas que l'alignement donné par le préfet y soit conforme, il n'y aura pas de recours possible. (Conseil-d'Etat, 25 septembre 1834, — 8 juin 1836). Il fallait s'opposer contentieusement à l'homologation de l'ordonnance et on le pouvait, puisqu'il y avait droit violé.

2^o Si l'on prétend que l'alignement partiel, donné par le préfet, n'est pas conforme au plan général; comme chacun peut réclamer l'exécution du plan, il y aura un recours contentieux devant le ministre, et sur appel, devant le conseil d'état. (C. d'état, 14 août 1838 — 30 juillet 1842).

3^o Mais, s'il n'y a pas de plan général d'alignement, il y a suivant nous, toujours un recours contentieux. Le préfet agit, si l'on veut, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, mais il porte atteinte à des droits et cela suffit pour qu'il y ait recours contentieux, s'il n'y a pas de déclassement. Le conseil d'état tantôt admet le recours, tantôt et plus souvent le rejette (V. notamment A. 12 déc. 1818. — 18 Aout 1842. — 15 fév. 1833. — 29 déc. 1840).

A quelle époque le propriétaire est-il dépossédé du terrain qu'il est forcé d'abandonner? Il l'est du moment où le terrain est incorporé à la route, ou du moment où l'édifice, s'il y en a, a été détruit (Cas. 16 juillet 1840). La cour de Cassation avait d'abord décidé, le 19 mars 1838, que le propriétaire n'était dépossédé que du moment où l'indemnité était payée.

A quelle distance en dehors de la route les propriétaires sont-ils grevés de la servitude d'alignement? Il résulte de l'arrêt de février 1765, des arrêts du conseil d'état, du 4 fév. 1824, 6 avril 1838, 29 juin 1842; de son arrêt du 21 août 1839, que la servitude ne grève que les bâtiments *étant le long et joignant les routes*. Cependant la cour de Cassation a admis l'opinion contraire par son arrêt du 26 septembre 1840; il nous semble, que c'est sans succès qu'on invoque contre nous,

l'édit de décembre 1607. L'art. 53 du décret du 16 septembre 1807, suffit pour réparer les inconvénients que notre opinion pourrait amener. Cependant il nous semble que dans les campagnes, la servitude d'alignement doit s'étendre jusques à la distance, où les arbres doivent être plantés, d'après le décret du 16 décembre 1811.

La cour de Cassation et le conseil d'état semblent hésiter sur la question de savoir, si les propriétaires peuvent faire des constructions intérieures sur la partie de leurs terrains qui doit être retranchée d'après le plan d'alignement. (V. Cass. 25 juillet 1829, 4 mai 1833, 2 août 1839, C. d'état, 16 mai 1827, 14 juin 1837, 25 février 1841). Peut-être mettrait-on en harmonie toutes ces décisions, en distinguant si les travaux sont ou non confortatifs de la façade, de nature à prolonger ou non la durée de l'édifice.

Lorsqu'il s'agit de l'ouverture d'une rue nouvelle, les propriétaires peuvent-ils, sans autorisation, construire ou réparer dans les limites du plan de la route ? L'affirmative a été développée à la chambre des députés, le 9 février 1833 et admise par la Cour de Cassation, le 24 novembre 1837.... L'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807 qui, en parlant des rues nouvelles, suppose l'acquisition préalable des terrains, n'est pas applicable ici. Du reste, l'administration a toujours le droit d'user de l'art. 52 de la loi du 3 mars 1841.

3^o *Question de compétence et de juridiction.* — La loi du 28 pluviôse an VIII porte, art. 4 : « Que le conseil de préfecture doit prononcer sur les réclamations des particuliers qui se plaignent des torts et dommages provenant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration. » Est-ce à dire, que la compétence du conseil de préfecture cesse dans ce dernier cas ? Non, il faut au contraire conclure avec le conseil d'état. (8 novembre 1833, 10 décembre 1840), qu'à *fortiori*, le conseil de préfecture est alors compétent.

Lorsque le maire, aux termes du décret du 25 juin 1806, juge sommairement les contestations, entre les préposés et les

rouliers, la décision qu'il rend est-elle un véritable jugement portant atteinte au principe, qu'il n'y a que deux degrés de juridiction ? Il faut décider, avec l'avis du comité de législation du conseil d'état (15 février 1819), et avec l'ordonnance réglementaire du 19 novembre 1820, que la décision du maire n'est qu'un acte provisoire.

Les conseils de préfecture peuvent-ils être saisis par des particuliers prétendant que leurs droits ou intérêts sont violés ou blessés par une contravention ? Si sur la dénonciation qui lui en est faite, le préfet agit; ou bien, si l'action étant engagée par un particulier, le préfet intervenant requiert le conseil de préfecture de statuer, ce dernier devra le faire, car le préfet agit au nom de l'intérêt public. Mais si les particuliers agissent sans le concours de l'administration; les conseils de préfecture, ne pouvant statuer sur des intérêts privés, et ne jugeant pas même les réparations civiles quand ils répriment une contravention, ne seraient pas valablement saisis. La doctrine est loin d'être unanime sur cette question, et le conseil d'état, en matière d'eaux a tantôt admis tantôt rejeté les réclamations des particulier. Il les a admises en matière de routes, par son arrêt du 11 janvier 1808.

Quel est l'effet des décisions administratives sur les décisions rendues par les tribunaux au pétitoire ou au possessoire ? Le principe général en cette matière, est que chacune de ces deux autorités doit se mouvoir indépendante dans sa sphère. Néanmoins, quelques précisions nous paraissent nécessaires. Si la contravention existe, quel que soit le droit de propriété, le conseil de préfecture devra décider. Mais il devra surseoir jusqu'à la décision des tribunaux, si le droit invoqué, en le supposant fondé, fait disparaître la contravention, cette distinction est admise par la Cour de Cassation, V. notamment 11 août 1837, 8 mai 1841.

Si le conseil de préfecture a condamné le contrevenant, la possession ou la propriété pourront être reconnues plus tard au délinquant, par le juge du possessoire ou du pétitoire, et le contrevenant pourra reconstruire, si c'est à cause d'une cons-

truction qu'il a été condamné administrativement ; le conseil de préfecture ne statue que sur les faits accomplis. Nous adoptons la même solution, si la condamnation prononcée par le conseil de préfecture, n'a pas encore reçu son exécution, parce que ce dernier ne nous paraît statuer que provisoirement sauf à savoir si le contrevenant est propriétaire.

Nous supposons dans tous ces cas, que la contravention n'existe que si le prétendu contrevenant n'est pas propriétaire.

Toutes les fois qu'il s'agira d'apprécier un acte administratif, de déterminer jusqu'où s'étend le pouvoir de police de grande voirie conféré à l'administration, sur les rues formant le prolongement des grandes routes, ce sera le pouvoir administratif et non le pouvoir judiciaire, qui sera compétent pour statuer. Ainsi ce sera le pouvoir administratif qui décidera si un ingénieur des ponts-et-chaussées peut donner l'ordre ou le droit d'enlever les boues des rues comprises dans la grande voirie..., etc.

Quelle sera l'autorité compétente, le conseil de préfecture ou le tribunal de simple police, pour réprimer les contraventions commises dans les rues formant le prolongement des grandes routes ? Il y a sur cette question, divergence entre la cour de cassation et le conseil d'état. Ce dernier prétendant, que l'art. 471 C. pen., n'a pas dérogé aux anciennes lois, et surtout à la loi du 29 floréal an x, donne aux conseils de préfecture, la compétence absolue, en cette matière (V. notamment arrêts des 31 juil. 1822, 17 nov. 1834, 24 fév. 1842), La cour de cassation, pense au contraire, que les tribunaux de simple police peuvent en connaître simultanément avec le conseil de préfecture (V. notamment, 8 avril 1839, 8 juil. 1841. Voici les distinctions que nous croyons devoir établir. Le fait poursuivi constitue-t-il une contravention de grande voirie, et n'a-t-il pas été prévu par un règlement de police municipale, le conseil de préfecture sera seul compétent. Si au contraire, le fait est défendu par un règlement de police municipale, et s'il ne constitue pas une contravention de

grande voirie, le tribunal de simple police sera seul compétent. Mais les deux pouvoirs seront compétents et tous deux pourront juger, si le fait constitue en même temps une contravention à la grande voirie et à un règlement municipal. Enfin, si le fait constitue en même temps une contravention de grande voirie, et s'il est en même temps, de nature à être réprimé par le tribunal de police en l'absence même de tout règlement; le premier tribunal saisi nous semble devoir juger. Néanmoins cela offre d'assez notables inconvénients, vu que les pénalités sont différentes. — En un mot l'art 471 C. pén., n'est pas inconciliable avec la loi de floréal an x.

Enfin, dans les contraventions de grande voirie, quel sera le délai de la prescription, pour l'action ou pour la peine? En l'absence de toute loi spéciale, il faut revenir aux règles de droit commun et appliquer les art. 636 et 638 ins. crim. ou les art. 639 640 (idem), suivant le caractère que revêtira la contravention.

Le Président de la Thèse,

A. RODIÈRE.